دكتور عبد الحميد محمود البعلي

التشريعات العقابية ومكافحة الجريمة

خصائصها وأصولها وتفسيرها

مع

وسائل مكافحة الجريمة

دراسة مقارنة وموازنة

الناشر
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية . عابدين
القاهرة - تليفون ٣٩١٧٤٧٠

الطبعـة الأولى

١٤١٣ هـ — ١٩٩٣ م

دار التوفيقية النموذجية
للطباعة والجمع الآلي
الأزهر: ٣ ميدان الموسكي
بجوار جامع الدعاء

التشريعات العقابية ومكافحة الجريمة

● **تمهيـــــد وتقســـيم :**

ان التشريعات العقابية تمثل فى جوهرها الرعاية الواجبـــة لصيانة نظم المجتمعات الانســـانية والحماية اللازمة لحسن سير حياة النـــاس وانتظامها والدفاع عنها ضـــد الخلل والانحراف ومن هنـــا تتفاوت تلك التشريعات العقابية فى مقدار ما توفره لمجتمعاتها من هذا وذاك بقدر ما يتوفر لها من مصادر وأصـــول تقوم عليها وتنطبع بها ومن ثم بقدر ما تؤثر به فيها تلك المصـــادر والأصـــول .

وفى تناولنا لمصـــادر وأصـــول التشريعات العقابية نقـــدم لها فى فصل أول نعرض فيه مجموعة من الخصائص التى تفرد كل منها بطبيعة خاصـــة وذاتية معينة مســـتقلة ونبـــدأ بالذى هو أدنى من خصـــائص التشريعات العقابية فى شريعة الناس أو القوانين الوضـــعية وننهى فيها بالذى هـــو خير وهو شريعة الله شريعة الاســـلام مستخدمين اصطلاح شريعة النـــاس وشريعة الله شريعة الاسلام والاصطلاح الأول وهو شريعة الناس نســـتخدمه استنادا الى قول الله تبارك وتعالى :

« أم لهم شركاؤا شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله ، ولولا كلمة الفصل لقضى بينهم ، وان الظالمين لهم عذاب اليم » . (الشورى : ٢١)

والاصطلاح الثانى وهو شريعة الله شريعة الاسلام نستخدمه استنادا الى قول الله تبـــارك وتعالى :

« ان الدين عند الله الاسلام » . (آل عمران : ١٩)

وقوله تعالى :

« شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى اوحينا اليك » .

(الشورى : ١٣)

فى اطـــار من الموازنة الفارقة والموضـــحة أى منهما أولى وأبقى

استنادا الى تحليل علمى عملى يعكس أثره فى حياة الناس الواقعية •

وفى فصل ثان نعرض أصول ومصادر التشريعات العقابية فى شريعة الناس أو القوانين الوضعية فنتناول فى مبحث أول للتشريع وفى مبحث ثان للسوابق وفى مبحث ثالث للعرف •

وقد آثرنا أن نقدم بأصول ومصادر التشريعات العقابية فى شريعة الناس باعتبارها مرجوحة بأصول ومصادر التشريعات العقابية فى الشريعة الاسلامية •

وفى فصل ثالث نعرض أصول ومصادر التشريعات العقابية فى الشريعة الاسلامية فنتناول فى مبحث أول النص وفى مبحث ثان الاجتهاد •

* * *

الفصل الأول

خصـــائص التشريعات العقابية

موازنة
فى شريعة الناس وشريعة الله (الاسلام)

أولا ــ التشريعات العقابية زاجرة مانعة :

ان الأثر المباشر والمبتغى من التشريعات العقابية هو ردع الجانى أولا ثم وزجره عما اقترف من شر ورذيلة ولكنها فى هــذا المقام تتفاوت فى قدرتها أو قوتها فى منع وقــوع الاثم أو الشر بقدر ما يتوفر لهــا من مصــادر وبقدر ما تنطبع به تلك المصــادر من خصائص ومزايا قــد لا تتوافر لغيرهــا .

واذا كان هــذا الأمر وهو التوازى بين الروع والمنع يعز توافره باضطراد فى شريعة الناس والقوانين الوضعية فلا نكاد نعثر على أصل جامع أو قاعدة كلية عليه تقاس أثرها فى التطبيقات والفروع الجزئية[1].

أما فى شريعة الله شريعة الاسلام فيتمثل هذا الأمر فى قول الله تعــالى :

﴿ لقد ارسلنا رسلنا بالبينات وانزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط ، وانزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس ﴾ .
(الحديد : ٢٥)

فالميزان مقياس التوازن بين القســط وهو العدل والحديد مظهر البأس والقوة والزجر المرتبط بمنافع الناس فى المنع وغيره مما يحقق هــذا النفع .

---

(١) انظر : د. على راشد ــ الفقه العقابى فى اطار النيوكلاســية العلمية ص ٤٠ دروس على الآلة الكاتبــة لطلبــة الدراســات العليــا عام ١٩٧٢/١٩٧٣ ــ حقوق عين شمس .

ومن هنــا نلمس دقة المعنى فى قوله تعالى :

﴿ **ولكم فى القصـــاص حياة يا اولى الألبــاب لعلكم تتقون** ﴾ .

(البقرة : ١٧٩)

والقصـــاص أساس العقوبات فى الاسلام فهو التساوى بين الاثم المرتكب والعقوبة الرادعة وذلك بقصـــد تحقيق الحياة المطردة الهادئة بلا بغى ولا عدوان ، اذ لا تكون حيـــاة مع فساد وعدوان . ومن ثم كان القصاص معبرا عن العدالة فى أقصى صورها المحسوسة وتحققها تعفية اجتماعية من ناحيتى الروع والمنع بما يكفل سلامة الجميع[١] .

* * *

ثانيا ــ التشريعات العقابيـــة فى الاســـلام تعم الحاكم والمحكوم من جميـــع الناس :

يقول رسول الله صلى الله عليـــه وسلم :

ــ « انمـــا أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا اذا سرق الشريف تركوه واذا سرق الضعيف أقاموا عليـــه الحد وأيم الله لو أن فاطمـــة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » .

ــ « الناس ســـواسية كأسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى الا بالتقـــوى » .

فالفاضـــل والمفضـــول فى الاســـلام بالتحلى بالفضـــائل ومقدار الأخـــذ بها .

يقول الله تعالى :

﴿ **ولا يجرمنكم شنئان قوم على الا تعدلوا ، اعدلوا هو اقرب للتقوى ، واتقوا الله ان الله خبير بما تعملون** ﴾ . (المـــائدة : ٨)

والناس أمام العدالة فى الاسلام سواء فلا قوانين خاصة ولا مجالس

---

(١) فى هذا المعنى : د. على راشد ــ المرجع الســـابق .

قضائية خصوصية الا فى شريعة الناس الأعراف اقتضتها وقامت عليها انسجاما مع مصادرها وطبيعتها .

* * *

ثالثا — العقوبات فى شريعة الاسلام نوعان : عقوبات دنيوية وعقوبات اخروية :

ولا شيء من العقوبات الأخروية — ولا يمكن أن يكون — فى العقوبات فى شريعة الناس بحكم المصدر الذى تستمد منه التشريعات العقابية ، فمصدر العقوبات الشرعية القرآن والسنة ومن ثم كان طبيعيا أن تكون هناك عقوبات دنيوية وأخرى أخروية فمرد الأمر كله الى الله سبحانه وتعالى خالق كل شيء انطلاقا من عقيدة التوحيد التى تسود كل شيء والناس جميعهم مدعوون الى اعتقاده والعمل به ولكن الناس شذوا وعصوا بتشريعاتهم الوضعية .

والعقوبات الأخروية تجد أثرها فى حسم الرذائل الخلقية التى تعزب العقوبات الدنيوية عن ملاحقتها ويتعذر على رجال القضاء ورجال الضبط القضائى اثباتها كالحسد والنفاق وقريب منها الغيبة والنميمة وغيرها من الجرائم الخلقية[1] .

* * *

رابعا — لا يذهب دم انسان مسلم او غير مسلم هدر فى التشريعات العقابية فى الاسلام :

وهو أمر وارد فى التشريعات البشرية العقابية اذ تقيد الجريمة ضد مجهول اذا غم الاثبات أو تعذر اقامة الدليل .

والجرائم فى جوهرها اعتداء على أمن المجتمع ولذلك اعتبر الاسلام جناية القتل جناية على المجتمع كله ويظهر ذلك فى قول الله تعالى :

﴿ من قتل نفسا بغير نفس او فساد فى الأرض فكانما قتل الناس جميعا ، ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا ﴾ . (المائدة : ٣٢)

(١) انظر محمد أبو زهرة — الجريمة والعقوبة ص ١١

فالظلم أن يترك الجانى من غير قصـاص أو دية حتى ولو تحملها بيت المـال اذا لم يستطع القاتل أو عائلته أداءها .

وكذلك لا يذهب دم هدر فى حالة عـدم معرفة الجانى فى جريمة القتـل فهناك « القسـامة » حيث لا يعلم الجانى أو يعلمه أولياء الدم ولا دليل لديهم .

والقسامة مصدر أقسم قسما وقسامة والمراد بها الأيمان المتكررة فى دعوى القتل التى لا يكون فيها دليـل حيث يقسم أولياء الدم خمسون يمينـا على استحقاقهم دم القتيل أو يقسمها أهل المحلة التى وقع بهـا القتل علي أنهم لا يعرفون للقتيل قاتلا فيحلف كل واحـد أنه ما قتله ولا يعرف له قاتلا[1] أو يقسمها المتهمون على نفى القتل عنهم[2] .

ودليل القسامة ما رواه يحيى بن سـعيد الأنصارى عن بشير بن يسـار عن سـهل بن أبى حثمه ورافع بن خريج « أن محيصة بن مسعود وعبد الله بن سهل من الأنصار انطلقا الى خيبر فتفرقا فى النخيل فقتـل عبد الله بن سـهل فاتهموا اليهود فجاء أخوه عبد الرحمن وابنا عمـه حويصة ومحيصة الى النبى صلى الله عليه وسلم فتكلم عبد الرحمن فى أمر أخيه وهو أصغرهم فقال النبى صلى الله عليه وسلم : «ليبدأ الأكبر» ، فتكلما فى أمر صاحبهما فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون منكم على رجل منهم » ، فقالوا : أمر لم نشهده ، كيف نحلف ؟ قال : « فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم » ، قالوا يا رسـول الله : قوم كفار ضلال ، قال : « فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبله » وفى رواية متفق عليها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لهم : « تأتون بالبينة على من قتله » ، قالوا : ما لنا من بينة ، قال : فيحلفون ، قالوا : لا نرضى

---

(١) انظر بدائع الصنائع للكاساني جـ ٧ ص ٢٩٠
(٢) انظر الشيخ محمد أبو زهرة ـ الجريمة والعقوبة ـ ص ١٩ ـ د. محمد نعيم فرحات ـ التشريع الجنائى الاسلامى ص ٣٧٤

بأيمان اليهود فكره رسول الله صلى الله عليـــه وسلم أن يطل دمه فوداه بمائة ابل من الصـــدقة »[1] .

****

خامسا ـ الشرعية النصية فى مجال العقاب[2] :

لقد جاء التشريع الجنائى الاسلامى بالشرعية النصية وأحاط العقاب بضمانتين عظيمتين همـــا :

١ ـــ النص على الحدود الشرعية والقصاص فى أصـــول التشريع وعلى رأســـها القرآن والســـنة . هذا والأصـــل فى التشريع الوضعى أنه ينبع من العرف الاجتماعى ويدور معه على مر الزمان .

٢ ـــ جعل العقاب فى الحدود والقصاص من حـــد واحـــد ولازم فالعقوبة تعيينها وتقديرها تصبح ذات حـــد واحد فالشارع عين نوعها وبين مقدارها ولم يترك للقاضى حـــق تعيينها أو تقديرها ولم يجعل له أيضـــا أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يســـتبدل بها غيرهـــا أو يوقف تنفيذها فهى عقوبة لازمة .

فعقوبة الزانى غير المحصن عقوبة مقـــدرة وهى الجلد مائة جلدة لا تزيد ولا تنقص جلدة واحدة ومن ثم أصبحت عقوبة ذات حد واحد وكذلك القذف عقوبته ثمانون جلدة وأيضا القصاص والدية[3] .

ويصف البعض هـــذه الضـــمانة بالقســـوة فى النظام العقـــابى الاســـلامى[4] .

ويرد على ذلك المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة بأنه مدفوع « بعدم الايراد » ومع الاعتراف بأن العقوبة غليظة ولكنها عادلة ومصلحة وتتفق

---

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٨١ وما بعدها ـ انظر فى أحكام القسامة وشروطها المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٧١ وما بعدها ـ نهاية المحتـــاج جـ ٧ ص ٣٧٨

(٢) انظر د. على راشد ـ المرجع السابق ص ١٠٤ وما بعدها .

(٣) الزيلعى جـ ٣ ص ٣٠٧ ـ مواهب الجليل للخطاب جـ ٦ ص ٣٢٠

(٤) د. على راشد ـ المرجع السابق ص ١٠٥

مع منافع الناس فليست الجريمة فى السرقة هى ضياع بعض الدراهم انما الجريمة الآثمة فى ازعاج الآمنين وتهديد المطمئنين ان روع بيت بسرقة نكم من السكان أفزع وكم من الجيران أزعج وكم من الناس يعيشون فى بلبال مستمر ويتكلفون من المال فى تحصين مساكنهم .. فهذه العقوبة الغليظة حقا هى جزاء وفاق لتلك الجريمة المفزعة التى ترتكب فى وضح الليل البهيم أو فى النهار على خفية من الأعين ، وكل جريمة من هذا الصنف يستمر الناس منها فى فزع أمدا غير قصير وهكذا بالنسبة لبقية الجرائم .

وبهذه الاشارات يتبين أن الشريعة فى حدودها التى حست بها المصلحة المعتبرة لمجموع الأمة لم تتجاوز حد العدالة ولم تخرج عن نطاقها وعلى ذلك لا يكون اعتبار الشريعة الأصل فى الأحكام الرادعة هو المصلحة منافيا لمبدأ العدالة فى ذاتها لأن العدالة والمصلحة متلاقيان ولا يتناقضان[1] .

هذا وفى الوقت الذى أخذ فيه التشريع الجنائى الاسلامى بالشرعية النصية على نحو ما سبق ، أخذ بالتعزير وظن البعض خطأ أن التعزير انما يكون فى جرائم غير معينة وأنها غير نصية فى الشرع وكذلك عقوبتها فى كل ذلك متروك أمره لتقدير القاضى .

والحقيقة أنه بامعان النظر وانعامه يتضح أن التعزير انما يكون فى كل فعل نصت الشريعة على تحريمه والناظر فى الشريعة يستطيع أن يجد لكل ما حرمته نصا يعين الجريمة ويحددها[2] وأن مقولة ان التعزير ليس فيه شىء مقدر تنصرف الى أن جرائم التعازير لم توضع كل منها عقوبة معينة مقدرة كما هو الحال فى جرائم الحدود والقصاص والدية وانما وضعت لها عدة عقوبات ليس القاضى ملزما بتطبيق احداها دون الأخرى وانما له أن يختار منها واحدة أو أكثر فاذا اختار احداها وكانت

---

(۱) الجريمة والعقوبة ص ٤٩
(۲) عبد القادر عودة ــ التشريع الجنائى الاسلامى جـ ۱ ص ۱٤۲ وما بعدها .

ذات حدين بطبيعتها فله أن ينزل بالعقوبة الى الحد الأدنى أو يرتفع بها الى الحد الأعلى ومن ثم فقد ترك للقاضى حق اختيار عقوبة التعزير وتقديرها طبقا لما يراه من ظروف الجريمة وظروف المجرم .

فمثلا نصت الشريعة على عقوبة الوعظ وعقوبة التهديد وعقوبة الجلد أو الضرب والتوبيخ والحبس والصلب والقتل لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه » وفى رواية : « ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهى جمع فاضربوه بالسيف كائنا من كان » وكذلك نصت الشريعة على عقوبة الغرامة والتشهير والنفى ومع ذلك ترك للقاضى اختيار العقوبة الملائمة وتقديرها بقصد اصلاح المجرم وعلاج الجريمة[1] .

وعلى هذا الأساس فانه لا يستقيم ما ذهب اليه البعض[2] من أن التعزير فى الأصل ليس عقابا لأن العقاب شرعا هو العذاب سواء فى الدنيا أو الآخرة ، وغير صحيح أيضا أن السنة النبوية فى التعزير لم تبلغ أبدا فى أية واقعة من وقائعها درجة العذاب ولو فى أهون صوره وانما بلغ حد الاعدام سياسة بما أخرجه عن أصل حكمة تشريعية فى العهود التالية لعهد الرسالة .. وأن التعزير ككل تشريع وضعى قد بدأ عرفيا ثم انتهى الى التدوين أى الصيغة النصية فبعد أن تقرر مبدأ التعزير بالسنة الصحيحة كان الحاكم الذى كان يجمع فى يديه سلطتى التشريع والقضاء يهتدى فى عمله التشريعى فى مجال التعزير بالعرف فلما تزايدت السوابق التشريعية العرفية وتنوعت التعزيرات وانفصلت سلطة القضاء عن سلطة التشريع لم يكن بد من وضع التعزيرات التى استقر عليها العرف والتشريع على يد الحكام فى متناول القضاة فنشأت عن هذا الموقف ضرورة تدوين تلك التعزيرات .

---

(١) انظر عبد القادر عودة ــ المرجع السابق ص ١٤٧ وما بعدها .
(٢) د. على راشد ــ الفقه العقابى فى اطار النيوكلاسية العلمية ص ١٠٦ دروس لطلبة الدراسات العليا ــ حقوق عين شمس .

وهذا الذى ذهب اليـه البعض بشأن التعزير بنفيه ما سبق ذكره من أن الشريعة نصت على جرائم التعزير وعلى عقوبتها ولكن سلطة القاضى واسـعة فى اختيار العقوبة التى يراها ملائمة من بين عدة عقوبات مقررة للجريمة وذلك بالنظر الى الشخص والى الجريمة والى الجماعة ويتضح مثل ذلك فى قول الله تعالى بالنسبة للمرأة :

﴿ واللاتى تخافون نشـوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضـاجع واضربوهن ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾ .

(النساء : ٣٤)

فدل النص على ثلاث عقوبات تعزيرية بالنسـبة للمرأة التى لا تطيع زوجها وهى الوعظ والهجر والضرب ، والنشـوز وعدم الطاعة معصـية لا حـد فيها ولا كفارة .

وعقوبة الحبس والصلب سـنة عملية فيما يروى عن الرسول صلى الله عليـه وسلم أنه حبس شـخصا فى تهمة وأنه صلب رجلا حيا على جبـل يقال له أبو تاب[١] .

* * *

سادسا ــ المسئولية عن الترك او الامتناع المسبب للجريمة :

تختلف الشريعة عن القانون فى نطاق تلك المسـئولية فحيث يوجب الشرع والعرف على الشخص ويمتنع ويترتب على امتناعه وقوع جريمة ، اعتبر مسـئولا فى الشريعة الاسلامية عند غالبية الفقهاء[٢] .

ولا يعتبره القانون مسئولا الا اذا كان الشخص مكلفا بالعمـل بمقتضى القانون أو الاتفاق .

* * *

(١) عبد القادر عودة ــ المرجع السابق جـ ١ ص ١٤٧
(٢) المغنى جـ ٩ ص ٥٨١

الفصل الثانى

أصـــول ومصـــادر التشريعات العقابية

المبحث الأول

لا جريمـة ولا عقـوبة الا بنص

(مبـدأ الشرعية)

● **معنى هــذا المبدأ وتطوره التاريخى :**

يعنى هــذا المبدأ أن يوصف الفعل أو السلوك بكونه جريمة الا اذا دل على ذلك نص تشريعى ســابق من السلطة المختصة فى الدولة وكذلك الفعل أو السلوك الاجرامى •

ويرجع هذا المبدأ فى أصله التاريخى الى العصر الجمهورى للقانون الرومانى[1] ثم صدر بها اعلان حقــوق الانســان والمواطن الصــادر ســنة ١٧٨٩ عن الثورة الفرنسية ، ثم فى الدستور الفرنسى سنة ١٧٩٣ ثم فى قانون نابليون ســنة ١٨١٠ ثم صدر به الاعلان العــالمى لحقوق الانسان الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة ســنة ١٩٤٨ ثم تغلغل المبدأ فى كثير من قوانين العقــوبات فى الدول المختلفة ومنها القوانين العربيــة •

***

● **المبدأ فى شريعة بريطانيــا :**

يرجع فى تحــديد الجرائم والعقــوبات فى معظم دول العالم الى القانون الجنائى ولكن القانون الجنائى فى بريطانيــا ذو طبيعة خاصــة اذ يعتمد على السوابق القضائية والأعراف المستقرة لدى القضاء ، ومن هذين المصدرين تكون ما يعرف بالشريعة العامة فى بريطانيا وما تقــوم

---

(١) د. محمد سليم العوا ـ اصول النظام الجنائى الاسلامى ص ٥٠ ـ قارن محمد ابو زهرة ـ المرجع السابق ص ١٨٢ ، وعبد القادر عودة ـ المرجع الســابق ج ١ ص ١١٨

عليـــه من قواعد مستقرة وان كان تدخــل المشرع البريطانى فى تزايد بالنســبة لبعض الجرائم[1] .

ومبدأ الشرعية مستقر فى قوانين البلاد العربية وان قــد تعرض للنقد الشديد اذ لا يتصور عملا أن يتســع النص القانونى لكل أعمال الانحراف والاجرام مما قــد يؤدى الى الافلات من العقاب وانتشــار الفساد ، فاتجه الفقه الى التخفيف من هذا المبدأ بالنص على الجرائم بنص عام وكذلك بالنســبة للعقوبة اتجه الفقه الى النص على الحـد الأعلى للعقوبة دون الأدنى لاعطاء القاضى سلطة الاعفــاء من العقــوبة والتقدير وذلك كله بقصد تحقيق العدالة[2] .

* * *

● موقف التشريع الجنائى الاسلامى من قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص :

ان للشريعة الاسلامية منهجا خاصا فى تناول الموضوعات لا شــك انه مختلف عن القوانين الوضعية وذلك من ناحيتين أساسيتين هما : المصــادر والمقاصد وقد سبق لنا بيان ذلك .

وفيما بين المصادر والمقاصد قد تتفق الوسائل والأساليب والأدوات وهى ما تسمى فى المنهج الاسلامى بالأحكام الشرعية وبخاصة فى اصطلاح الفقهاء وما تقوم عليـــه من نسبة أمر لأمر أو نفيه عنه وذلك على وجـــه الاجمال ومن هنا فان استنباط ما يؤيد قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص أمر وارد فى التشريع الجنائى الاسلامى ولكن وفقا لمصــادره وتحقيقا لمقاصده ، فقاعدة « لا تكليف قبل ورود الشرع » مستمدة من القرآن والسنة فيقول الله تعالى :

﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ (الاسراء : ١٥)

---

(١) انظر د. محمد سليم العوا ــ أصول النظام الجنائى الاســلامى ص ٥٢

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين محمد كمال مرسى والســعيد مصطفى العبد ص ١٠٤ الأحكام العامة فى القانون الجنائى د. على بدوى ص ١٠٢ ــ مشار اليه فى محمد ابو زهرة ــ المرجع السابق ص ١٨٢

وفى اطار هذه القاعـدة يذهب البعض[1] الى أن الشريعة الاسلامية أحاطت نصوصها السماوية بكل معالم نظرية المسـئولية الجنائية المبنيـة على أسـاس أخلاقى فقد ورد مبدأ الاختيار والذنب كأساس للمسئولية الجنائية والعقاب فى قوله تبارك وتعالى :

﴿ ألا تزر وازرة وزر أخرى . وأن ليس للانسان الا ما سعى . وأن سعيه سوف يرى . ثم يجزاه الجزاء الأوفى ﴾ . (النجم : ٣٨ ـ ٤٠)

فالوزر مرادف الذنب والسـعى مرادف الاختيار والجزاء مرادف العقاب ثم ان الشريعة الاسـلامية هى أسبق الشرائع على الاطلاق وفى كل العصور الى تسجيل « مبدأ الشرعية الجنائية » فى معنى ضرورة الانذار قبل العقاب لقوله تعالى :

﴿ وما كنـا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ (الاسراء : ١٥)

وهذا المبدأ تسجيل دستورى صريح لفكرة الاختيار « كأسـاس للمسئولية العقابية من حيث أن الانذار بالعقاب مقـدما يعنى الزام كل امرىء تبعة ما يختاره من التصرفات المخالفة لمضمون هذا الانذار » ..

ومن أحاديث الرسـول صلى الله عليه وسلم التى تقرر القاعـدة الشرعية السـابقة ما جاء فى حجة الوداع « ألا ان دم الجاهلية موضوع وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب وأن ربا الجاهلية موضـوع وأول ربا أبدأ به ربا عمى العباس بن عبد المطلب » ..

وتأسيسا على ذلك فان الانذار بالذنب أو الجرم قبل اتيـانه أمر مقرر فى التشريع الاسلامى وبصفة خاصة التشريع الجنـائى ، ويتجلى هذا المسـلك الشرعى فى جرائم الحـدود والقصـاص اذ بين الجرائم وعقوباتها وهى تعرف بالجرائم التى لها عقـوبات مقـدرة فى الشرع الاسـلامى .

الحدود والقصاص فالحدود قد حـد الله عقوبتها بالنص فى القرآن

---

(١) انظر د. على راشد ـ المرجع السابق ص ٣٦

الكريم أو السنة النبوية الشريفة وكذلك جرائم القصاص قدرت فيها العقوبات بقرآن أو سنة وقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم ديات الجراح اذا لم يكن فيها القصاص أو كان الاعتداء خطأ فذكر أن أرش الموضحة وهى التى تكشف العظم خمسا من الابل وأن أرش الهاشمة وهى التى تهشم العظم عشر ابل وأن أرش الأمة وهى التى تصل الى غشاء المخ ثلث الدية ومثلها أرش الدافعة وهى التى تصل الى المخ باعتبارها أصل الدماغ(١) .

وعلى هذا النحو فلا يستطيع القاضى أن يزيد أو ينقص فى العقوبة المقدرة فى الحدود والقصاص والديات ومن ثم يبين أن قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص تجد تطبيقا دقيقا فى جرائم الحدود والقصاص والديات .

هذا ويجب ونحن بصدد تقرير قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص أن نأخذ فى اعتبارنا ثلاثة أمور هى :

١ ـ انه اذا تعذر القصاص صورة ومعنى والاكتفاء بالقصاص معنى فقط أى العدول عنه الى الدية يجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يحكم مع الدية بعقوبة تعزيرية اذا اقتضت ظروف المجرم أو الجريمة ذلك.

٢ ـ انه لا أثر للتقادم فى جرائم القصاص والاعتداء على الأطراف على حين أن للتقادم أثره فى جرائم الحدود(٢) .

٣ ـ أن الحدود غير قابلة للعفو بعد ثبوتها بخلاف عقوبات القصاص فانها قابلة للعفو(٣) .

أما فى جرائم التعزير وهى التى ينص الشارع على عقوبة مقدرة لها بنص قرآنى أو سنة نبوية مع ثبوت النهى عنها لأنها فساد فى

---

(١) انظر محمد أبو زهرة ـ المرجع السابق ص ١٨٩

(٢) انظر فتح القدير جـ ٤ ص١٦٤ و ١١٢ ـ بدائع الصنائع جـ٧ ص٤٧ وما بعدها . تبيين الحقائق جـ ٣ ص ١٨٧ وما بعدها .

(٣) انظر : محمد أبو زهرة ـ المرجع السابق ص ١٩٠

الأرض أو تؤدى اليه ومن ثم فهى معاصى لا حد فيها ولا كفارة والأصل فيها أن ينص على الجريمة دون العقوبة التى يترك أمرها على الحاكم ، وساق شيخ الاسلام ابن تيمية الأمثال على جرائم التعزير[1] كالذى يقبل الصبيان بشهوة ويقبل المرأة الأجنبية أو يباشر بلا جماع أو يسرق من غير حرز أو شيئا يسيرا ...

فهؤلاء يعاقبون تعزيرا أو تنكيلا وتأديبا بقدر ما يراه الوالى على حسب كثرة الذنب فى الناس وقلته وعلى حسب حال المذنب فاذا كان من المدمنين على الفجور زيد فى عقوبته بخلاف المقل من ذلك وعلى حسب كثرة الذنب وصغره ..

فجرائم التعزير معاصى منهى عنها فى الدين والأخلاق ويترتب عليها الفساد فى ذاتها أو تؤدى اليه ومن ثم فهى جرائم غير محصورة .

وعدم النص على عقوبة الجرائم التعزيرية يتلاءم مع منهج التشريع الاسلامى فى وسائل استنباط الأحكام أو أدلة الأحكام ومنها القياس فالعقوبات المقدرة سبيل للتعرف على غير المقدرة مع توافر العلة فالعقوبة فى الاسلام مانعة للاجرام داعية الى الازجار باعثة على الاعتبار وأن يكون هناك تناسب بين العقوبة والجريمة ومن هنا كانت سلطة الحاكم فى تقريره عقوبات الجرائم التعزيرية مقيدة بضوابط العدالة والقسط بين الجريمة والعقوبة والزجر أيضا .

كما يتجلى تلاؤم عدم النص على عقوبات الجرائم التعزيرية مع منهج التشريع الاسلامى فى صلاحية هذا التشريع لكل زمان ومكان فالجرائم لا تتناهى ومن ثم لا تحصى عددا أو نوعا فالناس يجد لهم من الأقضية ما يجد لهم من الأحداث ولولى الأمر أن يواجه ذلك مواجهة حاسمة ومن ثم فهذا الاطار المرن فى جرائم التعزير يعطى لولى الأمر المكنة فى تقدير العقاب

---

(1) ابن تيمية ــ السياسة الشرعية ص ١٢٠

مراعيـا فى ذلك كل الظروف الملابسـة ولكن دون أن يزيد على ما قدره الشـارع فى جرائم الحدود والقصاص لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « من بلغ حدا فى غير حـد فهو من المعتدين » وهذا ما يذهب اليه جمهور الفقهاء فالاحتياط فى العقوبة بالنسبة للمتهم حتى لا يكون قد عوقب بأكثر مما يعاقب به مثله فى الشرع فلو خفف العقاب للاحتياط لكان أولى من التشـدد مع الاحتمال[1] .

وعلى ضـوء ما تقدم فى التعزيرات فانه لا يستقيم ما ذهب اليـه الأستاذ الدكتور على راشد[2] : « من أن التعزيرات نظام لا ينطوى بحسب أصـل تشريعه فى السـنة الشريفة على معنى العقـاب وانما الحاكم الدنيوى هو الذى استند الى هذه السنة ليقيم التعزير نظـاما للعقـاب التهديدى النفعى الصرف لدواعى المصلحة الاجتماعية ومقتضيات السياسة الشرعية » ، ومرة أخرى يقول :

« ونظام التعزير بما يتضمنه من جرائم وعقوبات أو تدابير بنـاء أقامه الحاكم بوصـفه مشرعا خلال القرون الأولى التالية لعهد الرسالة عملا بنظرية السـياسة الشرعية المبنية على مبدأ المصلحة أو المصـالح المرسـلة هذا وان كان البناء كله قـد أسس على مبدأ مستمد من السنة النبوية الشريفة ثم انتهى الأمر فى القرون الحديثة وبخاصة فى عهـد الخلافة العثمانية الى تدوين التعزيرات فيما يشـبه المدونات الحاليـة وعنـد هـذا الحد وقف عمل الفقهاء فى شأنها وكان قبل ذلك مقصورا على مجرد احصائها ورصدها مع شرح بسيط لحالات انطباقها » .

ومرة ثالثة يقول « والتعزير فى الأصل ليس عقابا لأن العقـاب شرعا هو العذاب سـواء فى الدنيا أو فى الآخرة لقوله سـبحانه وتعالى فى سـورة النجـم : ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ ..

(1) محمد ابو زهرة ـ الجريمة والعقوبة ص ١٩٤
(2) مذكراته فى الفقه العقابى فى اطار النيوكلاسية العلمية ـ لطلبـة الدكتوراه ص ٤١ ، ٧٠

والسنة النبوية فى التعزير لم تبلغ أبدا فى أية واقعـة من وقائعها درجة العذاب ولو فى أهون صـورة وانما بلغ التعزير حد الاعـدام سياسة بما أخرجه عن أصـل حكمة تشريعية فى العهود التالية لعهـد الرسـالة .... وكان الحاكم يهتدى فى عمله التشريعى فى مجال التعزير بالعرف فلما تزايدت السـوابق التشريعية العرفيـة وتنوعت التعزيرات وانفصلت سلطة القضاء عن سلطة التشريع لم يكن بد من وضع التعزيرات التى اسـتقر عليها العرف التشريعى على يد الحكام فى متناول القضاة فنشـأت عن هذا الموقف ضرورة تدوين تلك التعزيرات »[1] .

وهذا الذى ذهب اليه الأستاذ الدكتور على راشد يناقض ما سبق أن ذكرناه فى معنى التعزيرات من أنها خلو فقط من تقدير العقوبة وعن أن الأصل فى تقدير العقوبة فيها ما نص على العقوبة به على ألا تزيد عن مقدار العقوبة المقدرة وأن ذلك ينسجم مع منهج التشريع الجنائى الاسلامى وبالاضافة الى ذلك فان ما ذهب اليه الأستاذ الكبير من أن الأصـل فى نظام التعزيرات أنه لا ينطوى على معنى العقاب بل انه ليس فى الأصـل عقـابا يناقض معنى التعزير على ما ذكره الفقهـاء من أنه « تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود »[2] فالتعزير عقـوبة على جرائم لم تحددها الشريعة ولم تحدد مقدار عقوبتها وان هنـاك من العقوبات ما يبدأ بأخـذها من النصح والتوجيه وينتهى بالجلد أو الحبس وقد تصـل الى القتل فى الجرائم الخطيرة ويترك للقاضى سـلطة تقدير اختيار العقوبة بحسب الظروف والملابسـات الخاصـة بالفعل وبالجانى والمجنى عليـه والمجتمـع وللقـاضى أن يعفـو أو يبرىء اذا اقتضت المصـلحة ذلك .

* * *

(١) المرجع السـابق ص ١٠٦ وما بعدها .

(٢) انظر الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٠٤ — بدائع الصـنائع للكاسـانى جـ ٧ ص ٦٤ — المطالب للشيخ زكريا الأنصارى جـ ٩ ص ١٦٠ .

مدخل للمبحث الثاني

مصادر التشريع الجنائي
في شريعة الناس (القوانين الوضعية)

لم تعرف القوانين الوضعية قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بغير نص الا في أواخر القرن ١٨ عندما أقرت في اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر غداة الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وقبل ذلك كانت سلطة القاضي تحكمية في تحديد الأفعال التي تعتبر جريمة وكذلك في تقدير العقوبات التي يراها[١] .

وكان القانون الفرنسي يطبق القاعدة على نحو جامد اذ حصر الجرائم حصرا ونص على عقوباتها من حد واحد فليس للقاضي أن يزيد أو ينقص دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة ثمة أثر على العقوبة ثم جعل القانون الفرنسي بعد ذلك للعقوبة حدين حدا أعلى وحدا أدنى والقاضي يقدر العقوبة بين هذين الحدين وكذلك جعل لكثير من الجرائم عقوبتين يختار القاضي بينهما أو يحكم بهما .

ثم انتقلت القاعدة من القانون الفرنسي الى القوانين الوضعية الأخرى ولكنها أصبحت تحت تأثير حاجات الجماعة والمصلحة الاجتماعية تخضع لكثير من المرونة من ناحيتي الجريمة والعقوبة فمن ناحية الجريمة يتجه شراح القانون الجنائي الى الاكتفاء بالنص على الأفعال المحرمة نصا .

* * *

(١) شرح قانون العقوبات كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١٠٢ — القانون الجنائي لأحمد صفوت ص ٧٨

المبحث الثانى

مصـــادر التشريع الجنائى
فى شريعة النـــاس (القوانين الوضـــعية)

● **المطلب الأول ـ القـــانون :**

لا يكفى أن يرتكب الشـــخص فعلا ماديا ضـــارا بالمجتمع ولا أن يكون الفعل مدونا بالقانون ومنصوصا على عقوبته وهو ما يسمى بالركن الشرعى للجريمـــة •

وهذا المبـــدأ تقتضيه العدالة اذ لا يصح مؤاخذة انســـان بجريمة الا بعد تحريمها وانذاره بعدم ارتكابها والا لو كان العكس جائزا لمـــا آمن انسان على نفسه ولكان مهددا على الدوام بالاضطهاد والاستبداد •

وعلى هـــذا الأساس فتطبيق المحاكم للقانون الجنـــائى لا يخرج من ثلاثة أحوال :

الأولى : أن يوجد للواقعة المطروحة أمام المحكمة نص صريح فى القانون وفى هذه الحالة يتعين على القاضى العمل بهذا النص والحكم •

الثانية : أن لا تجـــد المحكمة الواقعة التى لديها نصا فى القانون وهنا يتعين عليها أن تقضى ببراءة المتهم عملا بقاعدة لا عقوبة بلا نص وليس للقاضى أن يرجع الى القواعد المعمول بها فى المواد المدنية فيحكم بطريقة القياس أو الاستنتاج أو حتى اتباع قواعد العدل اذ لا يصـــلح شىء من ذلك فى المواد الجنـــائية •

الثالثة : أن يجد القاضى نصـــا غامضا فى القانون وهنا يتعين عليه بذل وســـعه وافراغ جهـــده فى فهم النص وتوضيح معناه والقصـــد منه ، والا وجب عليه أن يفسر النص الغامض لمصلحة المتهم •

وكما يجب النص على الجريمة فى القانون يجب أن تكون العقوبة أيضـا مقدرة فى القانون وأن القاضى يحكم بها بمقتضى نص فى القانون فلا تتصف العقوبات بالاستبداد ، هـذا وتنقسم العقوبات الى عقوبات جنايات وعقوبات جنح وعقوبات مخالفـات وكذلك الى عقوبات أصلية وتابعة وتكميلية كما تنقسـم الى عقوبات بدنية وعقوبات سالبة للحرية والى عقوبات مقيدة للحرية وعقوبات سالبة للحقوق وسالبة للمال .

وتأسيسا على ما تقدم نخلص الى ما يأتى :

١ ـ ان الأوامر والنواهى الجنائية وجزاءاتها ترجع الى القانون المكتوب .

٢ ـ أن القاضى لا يملك التجريم ولا المعاقبة دون نص قانونى .

ومبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون أو مبدأ الشرعية يزدهر فى أوقات ازدهار الحريات الفردية ويعبر عن مدى بعيد فى احترامها وهـو فى نفس هـذا الوقت قيد على تحكم السـلطان فى حريات الأفراد ومن هنـا يقال[١] أن هذا المبدأ لم يكن معروفا قبل العهد الأعظم ماجاناكارتا الذى منحه الملك جـون فى بريطانيا لرعاياه سـنة ١٢١٥ ولم يكن هذا المبـدأ معروفا فى مصر قبـل سـنة ١٨٨٣ اذ نص عليـه ضـمنا فى لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وفى المـادة ١٩ من قانون العقوبات الصادر فى سـنة ١٨٨٣ ثم نص عليه صراحة فى دستور سنة ١٩٢٣

ومن هـذا المبدأ وبالبناء عليه لا يكون للقانون الجنائى الا مصدر واحـد هو القانون المكتوب وفى هـذا يختلف عن القانون المدنى ومن ثم يختلف دور كل من القاضى الجنائى عن القاضى المدنى فالأول يجب عليـه الحكم بالبراءة مهما كان الفعل فى نظره خطيرا يسـتأهل التجريم اذا لم يكن ثمة نص يبين الجريمة ويحدد عقوبتها[٢] على حين أن القاضى

---

(١) انظر د. محمود مصطفى ـ شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ص ٢٧ طبعـة ١٩٥٥

(٢) يخول القانون الجنائى الروسى القاضى سلطة التجريم فيما يعده خطرا على النظام السـوفيتى .

المدنى يجب عليه أن يفصل فى النزاع المطروح عليه حتى ولو لم يوجد تشريع فله أن يلجأ الى العرف أو مبادىء الشريعة الاسلامية أو مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة •

* * *

● تفسير القانون الجنائى :

النص القانونى المنشىء للجريمة والعقوبة قد يكون غامضا فيحتاج الى تفسير ويقوم بذلك المشرع نفسه أو القاضى أو الفقيه ، والتفسير الفقهى والقضائى ليس لأيهما قوة ملزمة •

وقد يكون التفسير بطريق القياس وهو أقصى ما يصل اليه التفسير اذ يستنبط المفسر من النظام القانونى قواعد قانونية يطبقها على حالات مماثلة لما عرض له الشارع[1] ومن أمثلة ذلك أن المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصرى تبيح الجريمة التى يرتكبها الموظف العمومى اذا كان حسن النية وتبين المادة المقصود بحسن النية فتسوى بين العمل المشروع والاعتقاد بمشروعيته مع التثبت والتحرى وهذه القاعدة عامة تسرى فى كل أسباب الاباحة فلا يعد القذف فى حق ذوى الصفة العامة جريمة سواء كانت الواقعة المسندة صحيحة أو كان القاذف يعتقد بصحتها ولا يعد التبليغ جريمة ولو كانت الواقعة مكذوبة متى كان المبلغ يعتقد بصدقها •

ولكن الاحتراز فى وجوب ألا يصل القياس الى حد خلق جرائم وعقوبات فالنصوص لا يصح أن يستنتج منها قواعد تؤدى الى تجريم أفعال غير محرمة ولذلك يفرق الفقه الايطالى والفقه الألمانى بين قياس لصالح المتهم وقياس لغير صالحه والأول مقبول والآخر مرفوض فيكون القياس وسيلة تفسير بالنسبة للنصوص التى تتحدث عن أسباب الاباحة أو موانع المسئولية بحيث تشمل وقائع لم ينص عليها القانون صراحة لأنه لو عرض لها لقرر بشأنها ما قرره فيما عرض له •

* * *

---

(١) انظر د. محمود مصطفى — المرجع السابق ص ٣٧ وما بعدها .

المطلب الثـانى

العرف والسـوابق القضـائية

هناك تلازم بين العرف والسـوابق القضائية من ناحية اسـتقرار أحكام المحاكم على الأخـذ بأمور اسـتقرت عرفيـا كأسـاس لها فى قضـائها .

كما أن هناك فرق بين العادة والعرف فالعادة كما يذهب البعض[1] لا تنشىء حقا ولا تبرر بالتالى جريمة فاذا جرت العادة أحيـانا باعطاء « بقشيش أو نفحة » لمسـتخدم عمومى بقصـد قضاء حاجة فان هـذه العادة لا تكون عرفا ولا تبرر جريمة الرشـوة واذا جرت العـادة فى بعض الأفراح باحـداث لغط أو غانية أثناء الليـل مما يكدر راحـة السـكان فان ذلك لا يكون عرفا يبرر المخالفتين المنصوص عليهما فى المـادة ٣٨٠ عقوبات مصرى .

ويشـترط فى العرف العمومية والاسـتقرار والاطراد والعمـل به بانتظام وأن يكون الالتزام بتطبيقه والعمـل به على أساس أنه ضرورة من قواعـد السـلوك وعلى الرغم من ذلك فان العرف لا ينشىء قاعدة قانونية الا اذا كانت هـذه القاعدة متفقة مع الغاية النهائية للقانون وان كانت مخالفة فى الظاهر لقاعدة فى القانون المكتوب فعندئذ تكون الغاية النهائية أولى بالتغليب والفقه الجنـائى فى كثير من الدول مستقر على أن العرف لا يكون مصـدرا لقاعدة من قواعـد التجريم ويرى البعض أيضـا أن العرف لا يكون أيضـا مصدرا لقاعدة من قواعد الاباحـة فمصدر جميع أحكام قانون العقـوبات هو القانون المكتـوب ومن ثم فأحكام القانون لا يعطلها الا قانون ولكن الاتجاه الحديث فى الفقـه يميل الى التوسـع فى تفسير قواعـد الاباحة فيذهب الى اباحـة الفعل متى كان اسـتعمالا لحق أيا كان مصدر هـذا الحق . وشتان بين قاعدة

---

(١) د. محمود مصطفى ــ شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٨٥ طبعـة ١٩٥٥

تجريم وقاعدة اباحة فالأولى قيد يرد على الأصل وهو الحرية التى هى أساس كيان الانسان وكرامته والثانية تفك هذا القيد وتحد من غلوائه وبديهى أن يكون القيد بقانون أو قاعدة قانونية وألا يكون التحلل منه بنفس الأداة .

وقد اعتمد القضاء على العرف كمصدر للاباحة فى كثير من الأحكام وان لم يصرح باعتباره كذلك فجرى قضاء النقض[1] المصرى على أن للصحافة الحق فى نشر الحوادث والنهى على التصرفات وتقدها ومن ثم فلا تسند للناشر جريمة القذف متى كان النشر فى حدود الحق المقرر للنشر ولا يوجد قانون يبيح ذلك ولكن جرى به العرف واعتبره القضاء لأن الغاية المقصودة بالاباحة تعلو على الغاية المقصودة بالتجريم ولكن الأمر جد دقيق ومسئولية القضاء به ليست يسيرة فتقدير الغاية والعمل بها ليس بالأمر الهين .

وقد يحظر المشرع بنص صريح حقا جرى به العرف ومن ثم لا يجوز الدفع بما اكتسب عرفا مع وجود النص الصريح .

ويشذ عما تقدم فى قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات ، القانون الانجليزى وهو ما يعرف بالشريعة العامة فى بريطانيا ، حيث نشأ وتطور اعتمادا على السوابق القضائية والأشراف التى حظيت بتأييد القضاء وان كان الاتجاه الى اعتبار قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات فى بريطانيا[2] .

* * *

---

(١) نقض ١٩٠٥/٨/٢١ — الشرائع س ٣ ص ٥٩ — مشار اليه فى د. محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٨٥ هامش ٢ .

(٢) انظر محمد سليم العوا — المرجع السابق ص ٥١

المبحث الثالث

مصـــادر التشريع الجنـــائى في الاســـــلام

● **تمهيـــــد :**

ان أوامر الشرع الاسلامى ونواهيه هى التى تدل على المطلوب شرعا والمنهى عنه ومن ثم بيان الجرائم والعقوبات وأوامر الشرع ونواهيـــه جاءت بها النصـــوص الشرعية فى قرآن أو ســـنة أو دل عليها الاجماع أو الاستنباط الفقهى فى اطار النصوص الشرعية والقياس على الأحكام ومقاصد الشرع الاســـلامى .

وعلى هذا الأســـاس فمصـــادر التشريع الجنـــائى المقرر لجرائم والعقوبات هى :

الأول : القرآن والســـنة والاجماع .

والثانى : مختلف فيه وهو القيـــاس ......

وليس معنى القسم الثانى أن مصادره تأتى بأسس شرعية جديدة بل هى طرق للاســـتدلال على الأحكام الجزئيـــة من نصـــوص القرآن والســـنة ولا يمكن أن تســـفر عن أحكام تخالفهما .

ومن ثم يمكن تقسيم المصادر الأساسية لأحكام التشريع الجنائى الى مصـــادر نصية أى مردها الى النص وتشتمل على القرآن والسنة .

ومصادر اجتهادية وتشتمل اجمالا على الاجماع والقياس ...

* * *

المطلب الأول

القــــرآن

● منهج القرآن فى بيــان الجرائم والعقوبات :

القرآن حجة قاطعة على كل مســلم ومســلمة وأحكامه واجبــة التسليم والاتباع ونصوصه قطعية الثبوت ودلالتها على المعانى قد تكون قطعية وقــد تكون ظنيــة وبيانه للأحكام الشرعية قد يكون بيانا كليــا وقــد يكون بيانا تفصيليا ومن ذلك أحكام الحدود والقصاص فقد بين القرآن حــد الزنا والسرقة وقطع الطريق والقذف وأشــار الى حــد الشرب وقد استنبط على بن أبى طالب رضى الله عنه مقدار الحد فيــه من القرآن بقياســـه على حد القذف وكذلك بين القرآن الكريم القصاص فى قتل النفس وقطع الأطراف وجريمة القتل الخطأ .

والقرآن الكريم فى بيانه للجرائم بيانا كليا أورد أكثر المعاصى فى مواضــع النهى عنها فقال تعالى :

﴿ ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ﴾ .

(الأنعــام : ١٥١)

وقــال :

﴿ الذين ياكلون الربا لا يقومون الا كمــا يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا ، واحل الله البيع وحرم الربــا ﴾ .

(البقرة : ٢٧٥)

وقــال :

﴿ ويل للمطففين . الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون . واذا كالوهم او وزنوهم يخسرون ﴾ .

(المطففين : ١ — ٣)

وبذلك نهى عن جريمــة تطفيف الكيــل والميزان واعتبرهــا من المعاصى . ونهى عن أكل أموال الناس بالباطل وعن الرشوة واعتبرهمــا جريمة فقال تعالى :

﴿ **ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتاكلوا فريقـا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون** ﴾ . (البقرة : ١٨٨)

ونهى عن الخيانة فقال تعالى :

﴿ **يا أيها الذين آمنـوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا اماناتكم وأنتم تعلمون** ﴾ . (الأنفـال : ٢٧)

ونهى عن جرائم السب والتنابز بالألقاب والأسماء والتجسس والغيبة والظن فقال تعالى :

﴿ **يا ايها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى ان يكونوا خيرا منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن ، ولا تلمزوا انفسكم ، ولا تنابزوا بالألقاب ، بئس الاسم الفسوق بعـد الايمان ، ومن لم يتب فأولئك هم الظالمون . يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن ، ان بعض الظن اثم ، ولا تجسسوا ، ولا يغتب بعضكم بعضا ، أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه ، واتقوا الله ، ان الله تواب رحيم** ﴾ .

(الحجرات : ١١ ــ ١٢)

ونهى القرآن الكريم عن الفحشاء والمنكر والبغى فقال تعالى :

﴿ **ان الله يامر بالعدل والاحسان وايتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى ، يعظكم لعلكم تذكرون** ﴾ . (النحل : ٩٠)

* * *

● **القسم العام والخاص فى التشريع الجنائى الاسلامى :**

وعلى هـذا النحو من البيان التفصيلى فى جرائم الحدود والقصاص والاجمال أو الكل تحت اسـم المعاصى أو الفواحش أو المنكر والبغى يكون القرآن الكريم قد اشتمل على ما يسمى فى علم القانون الجنائى بالقسم العام المشتمل على الجريمة وأركانها وأسباب الاباحة وما يلحق بها من الشروع والاشـتراك والاتفاق الجنـائى والعقوبة وأنواعهـا وما يلحق بها وكذلك على ما يسمى بالقسم الخاص المبين لأنواع الجرائم

وتفاصيلها وعقوباتها على نحـو يعكس اختـلاف جوهرى بين المنهج الاسلامى فى التشريع الجنائى الاسـلامى والقوانين الجنائية الوضعية وذلك فى النواحى الأسـاسية الآتية :

١ ـ أحكام القرآن تشـمل الدنيا والآخرة :

وهذا مسـلك دينى تنفرد به الشرائع السماوية وبالأخص المنهج الاسـلامى فلكل فعل أو عمل وجه دنيوى وأثر أخروى وذلك تحقيـق مصالح العباد فى الدنيـا والآخرة ومن هنـا كان الجزاء فى التشريع الاسلامى جزاء دنيوى وجزاء أخروى فللقتل مثلا جزاءان أحدهما دنيوى وهو القصاص والآخر أخروى وهو العذاب الأليم لقوله تعالى :

﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب اليم ﴾ . (البقرة : ١٧٨)

وقوله تعـالى :

﴿ ومن يقتل مؤمنـا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليـه ولعنه واعد له عذابا عظيما ﴾ . (النسـاء : ٩٣)

وكذلك فى جزاء السرقة وقطع الطريق أو الحرابة .

٢ ـ الطبيعـة المتميزة للجرائم فى التشريع الجنـائى الاسـلامى أو ما يسمى فى القانون الجنائى الوضعى بالقسم الخاص :

فاشـاعة الفاحشة والفسق والعصيان فهذه المصطلحات جريمة فى التشريع الجنائى الاسلامى لقوله تعالى :

﴿ وأما الذين فسقوا فمأواهم النار ، كلما ارادوا ان يخرجوا منها اعيدوا فيها وقيل لهم ذوقوا عذاب النار الذى كنتم به تكذبون ﴾ . (السجدة : ٢٠)

وقوله تعـالى :

﴿ ان الذين يحبـون أن تشـيع الفاحشـة فى الذين آمنوا لهم عذاب اليم فى الدنيـا والآخرة ﴾ . (النـور : ١٩)

وقوله تعالى :

﴿ ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين ﴾ . (النساء : ١٤)

وكذلك أكل أموال اليتامى لقوله تعالى :

﴿ ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما انما ياكلون فى بطونهم نارا ، وسيصلون سعيرا ﴾ . (النساء : ١٠)

وأكل الربا لقوله تعالى :

﴿ واحل الله البيع وحرم الربا ﴾ . (البقرة : ٢٧٥)

وتعطيل المساجد لقوله تعالى :

﴿ ومن اظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى فى خرابها ، اولئك ما كان لهم ان يدخلوها الا خائفين ، لهم فى الدنيا خزى ، ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ﴾ . (البقرة : ١١٤)

والتولى عند الزحف والردة وغيرها من أنواع الجرائم التى يعد ارتكابها اعتداء على المصالح كما رسمها المنهج الاسلامى .

٣ — اذا كانت الجرائم فى المنهج الاسلامى اعتداء على المصالح كما رسمها ذلك المنهج فقد قسمها فقهاء الاسلام الى مصالح حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال وهذه الأحوال الخمسة حفظها واقع فى رتبة الضرورات فهى أقوى المراتب فى المصالح ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر المضل وعقوبة المبتدع الداعى الى بدعته فان هذا يفوت على الخلق دينهم وقضاؤه بايجاب القصاص اذ به حفظ النفوس وايجاب حد الشرب اذ به حفظ العقول التى هى مناط التكليف وايجاب حد الزنا اذ به حفظ النسب والأنساب وايجاب زجر الغصاب والسراق اذ به يحصل حفظ الأموال التى هى معايش وهم مضطرون اليها وتحريم تفويت هذه الأمور الخمسة والزجر عنها يستحيل الا تشتمل عليه ملة من الملل وشريعة من الشرائع التى أريد بها اصلاح الخلق ولذا لم تختلف الشرائع فى تحريم الكفر والقتل والزنا والسرقة وشرب المسكر[1] .

---

(١) الغزالى — المستصفى ج ١ ص ٢٨٨

وفى الاسلام تتفاوت الجرائم بتفاوت ما فيها من مفاسد وقد قسم عز الدين بن عبد السلام[1] المفاسد على أساس قوة المنع أو النهى الى ضربين :

(أ) ضرب حرم الله تعالى قربانه وضرب كره الله اتيانه والمفاسد ما حرم الله قربانه وهى رتبتان :

احداهما : رتبة الكبائر وهى منقسمة الى الكبير والأكبر والمتوسط بينهما ، فالأكبر أعظم الكبائر مفسدة وكذلك الأنقص فالأنقص ولا تزال مفاسد الكبائر تتناقص الى أن تنتهى الى مفسدة لو نقصت لوقعت فى أعظم رتب الصغائر وهى الرتبة الثانية من المفاسد ثم لا تزال مفاسد الصغائر تتناقص الى أن تنتهى الى مفسدة لو كانت لانتهت الى أعلى مفاسد المكروهات وهى الضرب الثانى من رتب المفاسد ولا تزال تتناقص مفاسد المكروهات حتى تنتهى الى حد لو زال لوقعت فى المباح •

وعلى هذا النحو يرتبط تقسيم الجرائم فى التشريع الجنائى الاسلامى بأصل عقائدى ، هو الحلال والحرام بما يؤدى الى عدم الفصل بين الشريعة والعقيدة ويؤدى الى حتمية القول بأن الاسلام شريعة وعقيدة فى ذات الوقت ولا شك ان هذا المسلك يختلف جذريا فى تقسيم الجرائم عن مسلك القوانين الجنائية الوضعية التى قسمت الجرائم الى أقسام أخرى هى :

١ ـ بالنسبة لأهميتها ودرجة جسامة العقوبة تنقسم الى جنايات وجنح ومخالفات •

٢ ـ ومن الوجهة المادية تنقسم الى جرائم وقتية ومستمرة والى جرائم بسيطة وجرائم مركبة والى جرائم متلبس بها وغير متلبس بها •

٣ ـ ومن الوجهة المعنوية تنقسم الى جرائم مقصودة ، غير مقصودة.

***

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ص •

المطلب الثـانى

السـنة

السـنة هى ما أثر عن الرسول صلى الله عليـه وسلم من قـول أو فعـل أو تقرير .

والسنة كمصدر من مصادر التشريع الجنائى الاسلامى منها ما جاء مقررا لأحكام القرآن الكريم مثال ذلك حديث الرسول صلى الله عليـه وسـلم فى القصـاص :

« من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبـوا أخـذوا العقل » وفى رواية أخرى « وإن أحبوا عفوا » .

ومن السنة ما جاء مبينا للمراد من القرآن الكريم مثل حد النصاب فى السرقة كحديث الرسـول صلى الله عليه وسلم « لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريسـة الجبل فإن آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن » .

ومثل بيان حـد الشرب لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم :

« من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه » .

كما بينت السـنة الدية بيانا كاملا ومن تجب عليه سـواء لما ورد فى القرآن فى القتل الخطأ بقوله تعالى :

﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ﴾ .

(النساء : ٩٢)

أو كانت السـنة متضمنة لحكم سكت عنه القرآن مثل دية الجنين فيما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال للصحابة :

« اذكر الله امرأ سمع من النبى فى الجنين شيئا فقام حمـل به مالك النابغة فقال : كنت بين جاريتين لى يعنى ضرتين فضربت احداهما الأخرى

بمسطح فألقت جنينا ميتا فقضى رسـول الله صلى الله عليه وسلم بغرة : (عشر من الابل أو عبد أو أمة ، وقال كثير من الفقهاء انها عشر الدية) فقال عمر : لو لم أسـمع فيه لقضينا بغيره[1] .

ومن السـنة الفعلية قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم بالعقوبة فى الزنا بعد الاقرار وقطعه اليد اليمنى فى السرقة من الكوع واختيـاره سـوطا لا هو بالشـديد ولا هو باللين عندما أراد اقامة الحد .

والسنة بينت طرائق اثبات جريمة القصاص ، فالقصاص يثبت بالاقرار ويثبت بشـهادة رجلين ، فقـد روى مسلم والنسائى أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم بحبشى فقال له : ان هذا قتل أخى ، قال كيف قتلته ؟ قال : ضربت رأسه بالفأس ولم أرد قتله . قال : هل لك مال تؤدى ديته ؟ قال : لا ، قال : أفرأيت ان أرسلتك تسأل الناس تجمع ديته قال : لا ، قال : فمواليك يعطونه ديته ، قال : لا . قال للرجل خـذه ، فخرج به ليقتله فقال رسـول الله صلى الله عليـه وسلم أما انه قتله كان مثـله فبلغ به الرجل حيث سـمع قول النبى صلى الله عليـه وسلم فقال له هو ذا فمر فيـه ما شئت فقال رسـول الله صلى الله عليـه وسلم : يبـوء بإثم صـاحبه واثمه فيكون من أصحاب النار .

كما بينت السـنة القسـامة كطريقة من طرق الاثبات روى عمرو بن شعيب أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم قال : « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر الا فى القسامة » .

وجملة فقد بينت السنة طريقة اثبات الحدود ودرئها بالشبهة — وما لم يذكر حكمه فى القرآن أو السـنة صراحة فقد ورد حكمه ضـمن قواعد الاسـلام الكلية التى تعرف بالقياس .

* * *

(1) انظر محمد أبو زهرة — المرجع السابق ص ٢١٩

المطلب الثالث

القيـــاس

القياس الحاق ما لا نص فيـه بما فيـه نص فى الحكم الشرعى المنصوص عليه لاشتراكهما فى علة الحكم .

وفى القياس قال المزنى : « الفقهاء من عصر الرسـول صلى الله عليـه وسلم الى يومنـا استعملوا المقاييس فى جميع الأحكام فى أمر دينهم وأجمعوا على أن نظير الحق حـق ونظير الباطل باطل فلا يجوز لأحد انكار القياس لأنه التشبيه بالأمور والتمثيل عليها »[1] .

* * *

● **القياس فى الجرائم والعقوبات :**

كيف يمكن الجمع بين قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص وجواز القياس فى الجرائم والعقوبات عند من يقولون بذلك ؟

الممعن للنظر يسـتبين أن القائلين بجواز القياس فى الجرائم لا يعنى قولهم الاتيـان بأحكام جـديدة أو ابتداع جرائم جديدة وانما هـو فى الحقيقة نوع من التوسـع فى نطاق تطبيق النصوص ومن ثم فليس القياس مصدرا تشريعيا دائما هو فى الحقيقة مصدر تفسيرى للأفعـال التى تدخـل فى نطاق النص كالحاق اللواط بالزنا والحاق القتل بالمثقل بالقتل بالمحدد والحـاق القبر بالمسـكن والحـاق المسـكر بالخمر عند البعض[2] .

والقياس يعمل به فى عقوبات جرائم التعزير لأنها مبنية على تقدير القاضى أو ولى الأمر وقد وضـح الحد الأعلى للعقـاب فى الحـدود والقصـاص فيسهل عليه القياس[3] .

---

(١) مشار اليه فى محمد ابو زهرة المرجع السابق ص ١٨٣

(٢) انظر عبد القادر عودة ــ التشريع الجنائى الاسلامى ج ١ ص١٨٤ وما بعـدها .

(٣) انظر محمد ابو زهرة ــ الجريمة والعقوبة ص ١٢٧

وقد اختلف القائلون بعدم جواز القياس فى كل الأحكام فى جواز القياس فى الجرائم والعقوبات على رأيين :

* * *

● **الرأى الأول :**

عدم جواز القياس فى الجرائم والعقوبات لما يأتى :

١ — ان الحدود والقصاص والكفارات لا تثبت فى جرائم بالقياس بل هى ثابتة فى جرائم معينة لا يجوز القياس عليها فحد السرقة مثلا لا يثبت الا فى السرقة دون الغصب أو نبش القبور أو الأموال غير المحرزة وكذلك حد الزنا لا تقاس عليه أحوال الشذوذ الجنسى والقذف وهو الرمى بالزنا لا يقاس عليه الرمى بالعلاقات الشاذة لأن العقوبات المقدرة فى تلك الجرائم والحدود وردت مقدرة فيها ولم ترد فى غيرها فلا يقاس عليها والمقدرات لا تعرف عللها أو لا يمكن أن يعقل المعنى الموجب للتقدير فى العقوبة ومن ثم فالقياس على ما لا يمكن معرفة المعنى الموجب للتقدير أمر يتعذر ولا يقاس أيضا على موضوعها مادام أصل القياس فى أصل التقدير لا يمكن تعقل معناه فالقياس أيضا فى موضوعه كذلك .

٢ — أن الحدود والقصاص عقوبات تدرأ بالشبهات ولا يصح أن تثبت بدليل فيه شبهة والقياس دليل غير قطعى ومن ثم مما يدخله احتمال الخطأ وهذا فى حد ذاته شبهة وعليه فلا يثبت به حد فى موضوع حد من الحدود .

٣ — ان الحدود مقدرة لنوع معين من الجرائم وهى حق الله تعالى ومن ثم لا يصح أن تفرض حقوق لله لم يبينها الله سبحانه وتعالى فالشارع قد أوجب حد القطع للسرقة ولم يوجبه بمكاتبه الكفار مع أنه أولى بالقطع وأوجب الكفارة للظهار لكونه منكرا وزورا ولم يوجبها فى الردة مع أنها أشد فى المنكر وقول الزور وهذا دليل على امتناع جريان القياس فيه[1] .

* * *

(١) الاحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٨٣ وما بعدها .

● الرأى الثانى :

جواز القياس فى الجرائم والعقوبات

ان ثبوت التعزير أمر لا مجال للنزاع فيه[1] لأنه مبنى على التقدير وقد وضع الحد الأعلى للعقاب فى الحدود والقصاص فيسهل من بعده القياس ، وان بعض عقوبات جرائم التعزير قد عرفت من الاحكام القرآنية والنبوية وورد كذلك عن الصحابة وبخاصة عمر بن الخطاب رضى الله عنه عقوبات مختلفة فى أبواب من الجرائم غير الثابتة بالنصوص القرآنية والأحاديث الشريفة وأن الأخذ بهدى الصحابة رضوان الله عليهم حجة عند الأئمة الأربعة ومن ثم يصح القياس عليها ما دام الأصل فيها حفظ المصالح العامة والقيام على شئون الناس اما ثبوت الحدود والقصاص بالقياس فقال به البعض تأسيسا على أن القياس طريق من طرق الاستنباط الصحيح والقضاء العادل والدليل على ذلك :

١ — أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز لمعاذ بن جبل أن يقضى برأيه كما قال الامام عمر فى كتاب القضاء لأبى موسى الأشعرى عندما ولى البصرة « قس الأشباه بالأشباه » .

٢ — أن الصحابة أثبتوا اجماعا مقدار الحد فى الشرب بالقياس وقد قرر وجه الرأى على بن أبى طالب رضى الله عنه عندما قال « اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى فحدوه حد المفترى » فقاس حد الشارب على حد المفترى .

وهناك من يؤيد هذا الرأى[2] ويضيف الى حججه حجة أخرى مؤداها أن الحد حكم معلل وليس حكما تعبديا فيصح أن يتعدى موضوعه الى ما يشبهه فى معناه وكون الحدود حقا لله تعالى لا يقتضى أن تكون فى أصل شرعيتها تعبدية بل انها كانت لتطهير المجتمع من الرجس

---

(١) انظر محمد ابو زهرة — الجريمة والعقوبة ص ٢٢٧
(٢) محمد ابو زهرة المرجع السابق ص ٢١٠

وما كانت تسـميتها حدودا الا لكونها حقا المجتمع يجعلها معقولة المعنى أكثر من غـيرها .

وهنـاك من يؤيد الرأى الأول[1] القائل بعدم جواز القياس فى الجرائم والعقوبات لقوة حججه وفى نفس الوقت يسـمح بالقياس على أسـاس أنه مصـدر تفسيرى على تعيين الأفعال التى تدخل تحت النص فاذا حرم النص صورة معينة لعلة ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة التى تتوفر فيهـا علة التحريم كالحاق اللواط بالزنا والحاق القتل بالمثقل بالقتل بالمحدد والحاق المسكر بالخمر عند البعض .

وعلى هـذا النحو يكون هذا الرأى رأى وسط بين القائلين بالجواز مطلقا والقائلين بالمنع مطلقا ولا شك عندى أنه الرأى الأولى والأصوب حتى لا يسـاء استخدام هـذا المصدر فى التجريم والعقاب ويكون بابا للهوى والجموح والجنوح فى تشريع الجرائم والعقوبات اسـتنادا الى حفظ المصالح العامة والقيام على شـئون الناس كما أننى أنبه الى أن ظروف الزمان والمكان وأحوال الناس حاكمة فى هـذا الخصوص .

* * *

(1) عبد القادر عودة ــ المرجع السابق جـ ١ ص ١٨٤

المطلب الرابع

الاجمـــاع

الاجماع هو اتفاق المجتهدين من الأمة الاسـلامية فى عصر من العصور بعد وفاة الرسـول صلى الله عليه وسلم على حكم من الأحكام الشرعية الاجتهادية[1] .

وبعض العقوبات ثبت باجماع الصحابة ، فحد الشرب أجمعوا عليه وأصل الحد موضع اجماع وإن كانوا قد اختلفوا هل هو أربعون جلدة أم ثمانون جلدة ؟

وقتال المرتدين ثبت بالاجماع ، وأجمع الصحابة على أن القتل بالسوط أو ما يشبهه مما لا قتل به عادة لا قصاص فيه .

واذا كنا فيما سبق بينا قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص فان الأوامر والنـواهى الشرعيـة هى الأمر المعرف للجرائم وأوامر الشرع ونواهيـه ثابتـة لا مجـال للشـك فيها ولكن بعضـها معلوم بالنص الصريح من قرآن وسـنة أو اجمـاع السـلف الصـالح عليه وإن لم يكن نص ولا اجماع فان تلك الأوامر والنواهى التى اعتبرت أساسا للتجريم تعرف بالاستنباط الفقهى والقياس ومن هنا لابد من معرفة طرائق الاسـتنباط التى تعرف بها الأوامر والنواهى ومعرفة مراتب الأوامر والنواهى لتعرف مراتب الجريمة قوة وضـعفا وتعرف مراتب العقوبة العادلة قوة وضـعفا[2] .

وطريق اسـتنباط الأحكام من النصوص وقواعد الاسـلام هو الاجتهاد ومن ثم يتعين علينا أن نشير أيضا الى المصادر الشرعية الأخرى التى تعرف بها الأحكام الشرعية فى أوامر الشرع ونواهيه .

* * *

---

(1) انظر د. محمـد مصطفى شلبى — اصـول الفقه ص ١٥١ — دار النهضـة العربية .

(2) انظر محمد ابو زهرة — الجريمة والعقوبة ص ٢٠٠

المطلب الخامس

الاستحسان

● **تمهيد :**

الأدلة الأربعة السابقة هي التى اتفق عليها الفقهاء كلهم أو جمهورهم وهى أصول الأدلة ولكن هذه الأدلة غير كافية فى تفصيل أحكام كل ما يجد من وقائع لأن النصوص محدودة ومواضع الاجماع قليلة والقياس يقوم على وجود النظير مما نص عليه أو أجمع عليه وقد لا يوجد النظير فيها فكان لابد من وجود مصادر أخرى تبعية دلت عليها النصوص فى جملتها والاجماع فى بعض صوره[1] .

* * *

● **تعريف :**

الاستحسان هو أن يحكم المجتهد فى المسألة بغير ما حكم به فى نظائرها لسبب اقتضى العدول أو هو عدول بالمسألة عن حكم نظائرها الى حكم آخر لوجه يقتضى ذلك ويكون الدليل المقتضى للعدول أو الترك هو وجه الاستحسان .

مثال : [2] اذا جرح شخص شخصا آخر جرحا فان مقتضى القواعد أن تكون العقوبة هى القصاص صورة ومعنى ولكن القصاص غير ممكن لعدم امكان التماثل تماما فيعدل عنه الى الدية استحسانا ويصح أن يكون بجوار ذلك تعزير .

وكذلك اذا ضرب شخص آخر فشلت يده من الضربة وتعذر القصاص فيعدل عنه الى الدية استحسانا .

والاستحسان ليس دليلا مستقلا وانما يكشف عن طريقه بعض الأئمة فى تطبيق أدلة الشريعة وقواعدها فى واقع الناس فى بعض الجزئيات بقصد رفع الضيق ودفع الضرر مما يقطع بواقعية الفقه الاسلامى ومن هنا يتنوع الاستحسان تبعا لتنوع الدليل المثبت له على النحو التالى :

* * *

(١) انظر د. محمد مصطفى شلبى ــ المرجع السابق ص ٢٥٦
(٢) محمد أبو زهرة ــ المرجع السابق ص ٢٣٧

النوع الأول : الاستحسان بالقياس الخفى الذى لا يتبادر الى الفهم الا بعد التأمل فى مقابلة القياس الجلى الذى يتبادر الى الفهم من أول الأمر ، وفيه يكون الشىء مترددا بين أصليه فى كل منهما حكم ثابت شرعا وقد أخذ شبها من كل منهما فيلحق بأقواها شبها[1] .

مثـــال : اذا قال الرجل لامرأته اذا حضت فأنت طالق ، فقالت حضت وكذبها الزوج فالقياس لا تصدق حتى يعلم وجود الحيض منها أو يصدقها الزوج قياسا على أمثاله من قوله لها ، ان دخلت الدار فأنت طالق أو كلمت فلانا فأنت كذا ، فقالت دخلت أو كلمت وكذبها الزوج .

والاستحسان أنها تصـدق قياسا على قولها انقضت عدتى وكانت بالحيض أو قالت انى حامل لأنها أمينة على ما فى رحمها بدلالة قوله تعالى:

﴿ ولا يحـل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن ﴾ .

(البقرة : ٢٢٨)

وقياسا على التعليق على كل ما لا يعلم الا من جهتها كالمحبـة أو البغض .

فالتعارض هنـا بين قياسـين أحدهما ظاهر متبـادر وهو الأول وثانيهما خفى وهو الثانى فرجح الثانى لقوته .

* * *

النوع الثانى : الاستحسان بالنص وهو العدول عن حكم الى حكم آخر بنص يقتضى العدول .

مثـــال : قول أبى حنيفة انما أثبتنا الرجم بالاستحسان على خلاف القياس فالآية التى وردت فى حد الزنا عامة بلفظها فيدخل تحتها الزانى المحصن وغير المحصن وهـذا هو القيـاس « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحـد منهما مائة جلدة » ولمـا ثبت فعل الرسـول صلى الله عليه وسـلم وأصحابه اذ كانوا يرجمون الزانى المحصـن استثناء وأخرجه من عمـوم الآية وحكم فيـه بالرجم وسـماه استحسانا على خلاف القياس .

* * *

---

(١) انظر محمد مصطفى شلبى — المرجع السابق ص ٢٧٠ وما بعدها.

النوع الثالث : الاستحسان بالاجماع .

مثـــــــاله : الاستصناع فالمتعاقد عليــه معدوم وقت التعاقد وهى منهى عن بيعــه ولكنه استحسن اجماعا لحاجة الناس اليه فصار مستثنى من القاعدة العــامة .

*   *   *

النوع الرابع : الاستحسان بالضرورة ورفع الحرج .

مثـــــــاله : جواز الشهادة على الشهادة فى كل حق لا يسقط بالشبهة وقبولها اذا مات الشهود الأصليون أو غابوا فى مكان لا يصل اليه الا بعد ثلاثة أيام أو أكثر أو مرضــوا مرضا يمنعهم من حضـــور مجلس القضـــاء مع أن الأصل فى الشهادة المعاينة وهؤلاء لم يعاينوا فاستثنى ذلك لأجل الضرورة وهى خشــية ضياع الحقوق .

*   *   *

النوع الخامس : الاستحسان بالمصلحة التى لم تبلغ حد الضرورة .

مثل ما أفتى به أبو يوسف بتضمين الصناع ما بأيديهم من أموال الناس الا اذا كان الهلاك من شىء لا يمكن الاحتراز منه كالحريق الشامل أو النهب العام فذلك استحسان على خلاف القياس وهو القاعدة المقررة فى الضمان من أن الأمين لا يضمن الأمانة الا بالتعدى عليها أو بتقصير فى حفظهــا .

ووجه الاستحسان هو المحافظة على أموال الناس من الضياع لكثرة الجنايات وضعف الوازع الدينى .

*   *   *

النوع السادس : الاستحسان بالعرف .

مثـــــــاله : أن فقهاء الحنفية صححوا الشرط الذى جرى به العرف استحسانا على خلاف الأصل المقرر الثابت بحديث « نهى رســـول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط » .

وقد ذكرنا هــذه الأنواع للاستحسان عند الحنفية كضوابط لعمل الفقيه فى الاستثناء بناء على مقتضيات المصلحة الواقعية .

*   *   *

المطلب السادس

المصـــالح المرســـلة

● **تعـــــــــريف :**

وهي المصلحة التى لم يشهد لها دليل خاص بالالقاء ولا بالاعتبار .

ولا تعتمد المصلحة الا على كونها مصلحة فى ذاتها وحينما كانت المصلحة المناســبة لأحكام الشرع فثم حكم الله تعالى .

* * *

● **شروط العمل بالمصــلحة :**

ويشـــترط للعمل بهـــا[1] :

١ ــ أن تكون ملائمة لمقاصد الشرع فى الجملة ومتفقة مع المصالح الشرعيـــة .

٢ ــ أن تكون معقولة فى ذاتهـــا .

٣ ــ أن يكون فى الأخذ بها رفع حرج لازم فى الدين .

وعلى ضوء المصالح المرسلة يســتطيع ولى الأمر أن يصـــدر من التشريعات ما لا نص فيه ولا اجماع ولا قياس صحيح فيفرض عقوبات وادعة لكل جديد من الجرائم كتعاطى المخدرات والاتجار فيها والحقن بالمخدر أو شـــمه .

ولقد كان عمر رضى الله عنه يرى أن عقوبة اللبن المغشوش أن يراق تأديبا للغاش وفوات مقصـــده عليه وجوز البعض نفى أهـــل الدعارة والفســـــاد .

واذا كان الاستحســـان فى غالب صـــوره استثناء من القواعـــد والنصوص العـــامة حيث يكون فى الوقائع التى فيها دليل يعدل عنـــه المجتهد الى حكم آخر لدليل أقوى فأما المصلحة فلا استثناء فيها بل يعمل بها فيما ليس فيه دليل . ومن ثم فما يمس المصلحة يعتبر جريمة وتؤثر أيضا فى العقوبة باعتبارها دافعة للضرر .

* * *

---

(١) انظر محمد أبو زهرة ــ الجريمة والعقوبة ص ٢٣٩

المطلب السابع

سـد الذرائع

أى دفع الوســائل التى تؤدى الى المفاسد والأخذ بالوسائل التى تؤدى الى المصالح ، وقد وردت الآثار بتحريم أمور لأنها تؤدى فى كثير من الأحوال الى مفاسد وان لم تكن مقطوعا بها ، فنهى رســول الله صلى الله عليه وسلم عن الخلوة بالأجنبية وان تســافر المرأة من غير ذى رحم محرم لخشية المفاسد التى تترتب على هــذه الأمور وان لم يكن الترتيب يغلبه الظن أو العلم القاطع فالشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقا لمفســدة[1] .

والعكس أيضا فان فقهاء المســلمين أجازوا بعض المحرمات لجلب مصلحة أكبر مما فيها من ضرر ولكن هــذه المحرمات التى أبيحت للذرائع لم تكن فى أصلها محرمة لذاتها بل محرمة لغيرها وغير محرمة بنص قاطع لذاتها حتى لا تستباح المحارم باسم المصلحة أو دفع الضرر الموهوم[2] ، من ذلك ما قرره الشاطبى بقوله[3] :

« ومن ذلك الرشوة على دفع الظلم اذا لم يقدر على دفعه الا بدفعها وعلى هــذا النحو فالشريعة لم تقف بالذرائع عند وسائل الفساد فسدتها بل جاوزت ذلك الى وسائل المصالح ففتحتها فقد تبيح الممنوع لمــا يترتب عليه من مصلحة أرجح من مفسدته وفى اعتبار الشريعة لكل ذلك دليل على مرونتها ومدى قدرتها على مواجهة الواقع اصلاحا وتيسيرا .

* * *

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ٢ ص ٢٥٣
(٢) محمد ابو زهرة ـ المرجع السابق ص ٢٤٤
(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٢٤٤

المطلب الثامن

العـــــرف

● **المقصـــود به :**

هو الأمر الذى تتفق عليه الجماعة قولا كان أو فعلا فى حياتها حتى استقر فى نفوس الناس وتعودوه •

والعرف الذى يكون مناقضا لأمر نص الشارع على تحريمه أو فيه اهمال لواجب شرعى ثبت بنص قطعى لا يقبل التخصيص لا يلتفت اليه ويكون فاسدا بل هو فساد عام يجب التعاون على القضاء عليه ومحاربته ويكون ذلك من قبيل التعاون على البر والتقوى والسكوت عنه سكوت عن الأمر بالمعـــروف والنهى عن المنكر والرضـــا به تعـــاون على الاثم والعدوان[1] وذلك كتعارف الناس على التعامل بالربا والاتجار بالخمور وشربها وغيرها من المســـكرات أو المهلكات وخروج النســـاء على نحو يثير الفتنـــة •

* * *

● **العرف كمصـــدر للتحريم :**

والعرف له أثره فى تحريم الأقوال والأفعال اذا لم يكن فيها نص بالتحريم أو الاباحة فلفظ من الألفاظ قد يكون ســـبا أو قذفا فى بعض الأحوال والأعراف ولا يكون كذلك فى عرف آخر وعصرا آخر •

وكذلك من الأفعال ما لا يعتبر اعتداء بسبب العرف والمصلحة كمن يرى شـــاة لغيره توشك أن تنفق فذبحها فلا يعتبر فعله اعتداء على مال غيره لثبوت الاذن بالعرف وهو معتبر •

وعلى هـــذا النحو فليس العرف كمصدر من مصادر التجريم قولا كان أو فعـــلا يجرى التعويل عليـــه باطلاق كما هو الحال فى القوانين الوضعية وبخاصة المدنية والتجارية ، بل يجب دائما مراعاة عدم مناقضته

---

(١) انظر هـــذا التشخيص القيم فى الجريمة والعقوبة ــ محمـــد ابو زهرة ص ٢٤٥

لقواعد الشريعة وأحكامها الثابتة فالتشريع الاسلامى لم يهدم كل ما تعوده العرب فى جاهليتهم بل أقر الصالح وأبطل الفاسد وعدل ما احتاج الى تعديل فأبقى نظـام القصاص فى القتل العمد بعد أن خلصه من عنت الجاهلية وأقر وجوب الديه فى القتل الخطأ ونظام القسامة وبذلك يكون التشريع الاسلامى قد أقر ما فيه مصلحة راجحة للناس .

***

● **مكانة العـرف :**

المالكية والحنفية يأخذون العرف الذى لم يثبت نهى عنه ولا ارشاد اليه ولا ايماء بالعمل بنص ، والعرف العام عندهم يخصص عام النصوص اذا كانت ظنية ويقيد المطلق وعند الحنفية يقدم العرف الخـاص على القياس[1] .

يقول السرخسى[2] : « إن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى لأن فى النزاع عن العادة الظاهرة حرجا بينا » .

يقول ابن العربى فى تفسيره[3] : « ان العادة دليل أصولى بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام » .

وجاء فى قواعد الكرخى : « العادة محكمة والمعروف عرفا كالمشروط شرطا والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص والأصل أن جواب السؤال يجرى على حسب ما تعارف كل قوم فى مكانهم » .

***

● **أمثلة لدور العرف فى المجال الجنائى :**

نضيف الى ما سـبق ذكره من أمثـلة للعرف ودوره فى المجـال الجنائى ما يأتى :

ان الله أوجب العدالة فى الشهود وتسقط العدالة بما يخل بالمروءة

---

(١) انظر د. محمد مصطفى شلبى ـ أصول الفقه ص ٣٢١ ـ محمد أبو زهرة ـ المرجع السابق ص ٢٤٥

(٢) المبسوط جـ ١٣ ص ١٥

(٣) تفسير آيات الأحكام جـ ٢ ص ٢٧١

عند أهل الفضل من الناس وهـذا أمر يختلف باختلاف البيئات والأزمنة ومن ثم فرد الأمر فيه الى العرف .

وحد الحرز فى سرقة المـال يبينه العرف فكل مال له حرز وهـذا يختلف باختلاف البيئات والأزمنة .

وعلى هـذا النحو يعتبر العرف دليلا تبنى عليه الأحكام ومن ثم تتغير تلك الأحكام بتغير العرف ومن ذلك قول الصاحبين :

انه لا يكتفى بظاهر العدالة فى تعديل الشهود بل لابد من تزكيتهم وما ذلك الا لظهور الفساد فى زمانها بعد ان كان الامام أبو حنيفـة يكتفى بظاهر عـدالتهم فيما عـدا الحدود والقصاص لغلبة الصـلاح فى زمنـه[1] .

يقول القرافى : « كل ما هو فى الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة الى ما تقتضيه العادة المتجددة وليس تجديدا للاجتهاد من المقلدين حتى يشـترط فيه أهلية الاجتهاد بل هـذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد » .

هـذا على حين اننا نجد أن دور العرف ومكانته فى القانون الجنائى الوضعى تكاد تكون فى أضيق نطاق اذ لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون وفقط بل يكاد يقتصر دور العرف فى القانون الجنـائى الوضعى على تفسير ما غمض من نصوصه دون أن يكون بحال مصدرا منشئا لتجريم قول أو فعل .

وعلى هـذا النحو يكون التشريع الجنائى الاسلامى أكثر مرونة وأقوى حركة وفعالية فى مواجهة الفساد فى المجتمع واستئصال شأفته .

* * *

---

(١) انظر د. محمد مصطفى شلبى ـ المرجع السابق ص ٣٣

المطلب التاسع

الاســـتصحاب

● **المقصـــود به :**

هو استدامة اثبات ما يكون ثابتا أو نفى ما يكون منفيا حتى يقوم دليل على تغيير الحال أو هو الحكم ببقاء أمر فى الزمن الحاضر بناء على ثبوته من الزمن المـــاضى ولم يظن عدمه حتى يقوم الدليل على تغييره ٠

* * *

● **انواعــــــه :**

١ ــ استصحاب البراءة والاباحة ٠

واستصحاب البراءة الأصليـــة بقاء الذمة على ما كانت عليه حتى يقوم الدليل المثبت كالحكم ببراءة الذمة من الحقوق والتكاليف حتى يقوم الدليل على شغلها بالتكاليف أو ثبوت الحق ٠

وكذلك استصحاب الحكم الأصلى للأشياء فى الشرع وهو الاباحة عند عدم الدليل على خلافه فيما لا يوجبه العقل لأنه ضرورى ولا يمنعه لمـــا فيه من الضرر لأن الأصل فى الأشياء الاباحة على الراجح عند العلماء فاذا لم يقم دليل على اثبات أن الفعل جريمة بأى نوع من أنواع التجريم كان على الاباحة الأصلية ومن ثم يحكم الفقيه بحل كل ما لم يرد دليل من الشرع بتحريمه أو يحكم العقل بضرورة البين ٠

ولا شك أن ما تقرره القوانين الجنائية الوضعية من أن المتهم برىء حتى تثبت ادانته تطبيق لمبدأ استصحاب البراءة الأصلية وطالما أن الأصل هو البراءة فلا يسوغ فى نظرنا أن يسمى الشخص متهما أو ينعت بذلك الوصف وهو لم تثبت قبله تهمة ما بعد حتى يكون متهما أو يصير متهما فوجب الاتنباه والتحرز كما أن أصل الأشياء على الاباحة ينبنى عليـــه قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص المعمول بهـــا فى التشريع الجنائى الوضعى وفى هـــذا وذلك يلتقيان النظـــام القانونى الجنائى الوضعى

والتشريع الجنائي الاسـلامى وان اختلف المصـدر والمسلك والنطاق والمقصد العام فى كل منهما .

٢ ـ استصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يوجد دليل على خلافه كالمفقود فانه كان على وصف الحياة وقت غيابه فيستمر ذلك الوصف قائما ويأخذ أحكامه حتى يقـوم الدليل على خلافه فتستمر زوجته فى عصمته وماله فى ملكه وغيرها حتى يقـوم الدليل على وفاته أو يحكم بهـا القاضى .

والاستصحاب بأنواعه السـابقة يفتح المجال أمام الفقهاء لمواجهة ما يستجد من واقعات لا يجدون لهـا دليلا من الأدلة السـابقة ويقطع فى نفس الوقت بمرونة الشريعة وقابليتها للتطبيق فى كل زمان ومكان فان كان نقص أو قصـور فهو فى المجتهدين اذ تركوا مصالح العبـاد بلا رعاية شرعية .

* * *

الفصل الثالث

تفسير النصوص الجنائية
وسلطة القاضي الجنائي

● **تقــــديم :**

لقد آثرت أن أشفع الفصلين السابقين فى خصائص التشريع الجنائى ومصادره بهذا الفصل الذى خصصته لطرق التفسير وكيفيته فيما يتعلق بالنصوص الجنائية فى كل من النظام الوضعى والتشريع الاسلامى على الرغم من عراقتها فى التشريع الاسلامى دعوة منا الى اتباعها واستخدامها والاستفادة بها فى النظام القانونى الجنائى الوضعى اذ لا نعتقد غضاضة فى ذلك فتفسير النصوص باستخدام أدوات التفسير المقررة فى التشريع الاسلامى يزيد الأمر دقة وثراء مطلوبين فى المجال الجنائى على وجه الخصوص الذى يمس الانسان فى أشرف وأسمى ما يكرمه وهو حريته وبخاصة أن علم الأصول قد تفرد بهذه الأدوات والوسائل فى تفسير النصوص والأحكام •

وذلك بعد أن استعرضنا مصادر الأحكام فى التشريع الجنائى الاسلامى ابتداء من النص سواء كان قرآنا أو سنة الى الاجماع والقياس والعرف والاستحسان والاستصحاب مع اختلاف مسلك الفقهاء المسلمين حيال هذه الأدوات بالنسبة للأحكام الجنائية فى الجرائم والعقوبات وتتناول هذا الفصل فى مبحثين أولهما مخصصة للألفاظ وتفسيرها وثانيهما لدلالات الألفاظ وهذا وذاك فى اطار تفسير النصوص الجنائية •

***

المبحث الأول

الألفـــاظ واقســـامها

ان الألفاظ فى دلالتها على الأحكام الشرعية مختلفـــة فتارة يظهر معناها لا يحتاج فى معرفته الى شىء آخر وتارة يكون خفيا أو غامض الدلالة ولكل منهما أقســـام ومراتب .

* * *

المطلب الأول

● اقســـام اللفظ واضح الدلالة :

ينقســـم اللفظ واضح الدلالة بحسب قوة دلالته مرتبـــة ترتيبا تنازليا الى :

١ ــ الظاهر ٢ ــ النص ٣ ــ المفسر ٤ ــ المحكم

أولا ــ الظـــاهر :

هو ما دلت صيغته على معناه بغير توقف على أمر خارجى أو قرينة خارجية وان لم يكن مسوقا بحسب الأصل لأجل هـــذا المعنى .

مثل قوله تعالى :

﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص ﴾ .

(المـــائدة : ٤٥)

فالآية نزلت للتنديد باليهود اذ تركوا أحكام التوراة وهى فى نفس الوقت ظاهرة فى وجوب القصاص فى القرآن لأنه اعتبره حكم الله تعالى لقوله تعالى :

﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فاولئك هم الظالمون ﴾ .

(المـــائدة : ٤٥)

وحكم الظاهر وجوب العمل بما ظهر منه ما لم يقم دليل يقتضى العدول عن ظاهره .

واذا كان الظاهر عاما احتمل التخصيص واذا كان مطلقا احتمل التقييد ويقبل التأويل بنـاء على دليل شرعى من نص أو قياس وغيرها ويقبل الفسـخ .

* * *

ثانيا ــ النص :

مرتبته أقوى من الظاهر فى دلالته وهو ما دل على معناه بنفس صيغته وكان مسوقا لافادة هـذا المعنى .

وحكمه حكم الظاهر وعلى هـذا يجتمع الظاهر والنص فى لفظ واحد اذا دل على معنيين بصيغته ولكنه مسوق لافادة أحدهما دون الآخر ومن ثم يكون بالنسبة للمعنى المدلول الذى لم يسبق له ظاهرا وبالنسبة للمعنى المسوق له نصا وينفرد النص فيما اذا دل اللفظ على معنى واحد وكان مسوقا لافادته .

والنص يقبل التخصيص والتأويل اذا كان من الألفاظ التى يكون عمومها قابلا للتخصيص ويقبل الفسـخ .

مثل قوله تعالى :

« والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله » .
(المـائدة : ٣٨)

وقوله تعالى :

« الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ، ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر » .
(النور : ٢)

وهكذا فان كل نصوص الحدود والقصاص نص فى معانيها وأيضا نصوص الديات الواردة فى السنة النبوية الشريفة فانها مسوقة لمعانيها .

* * *

ثالثا ــ المفسر :

هو ما دل بصيغته على معنـاه دلالة واضـحة ولا يقبل تأويلا والتخصيص وقد بين معناه من دليل آخر .

مثل قوله تعالى :

« الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » .

(النور : ٢)

وقوله تعـالى :

« والذين يرمون المحصـنات ثم لم ياتوا باربعة شـهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » . (النور : ٤)

فهـذه دلالات واضـحة بنفس الصـيغة التى لا تحتمـل تأويلا ولا تخصيصا فلفظ المـائة وكذلك الثمانين من ألفاظ الخاص التى لم يقم دليـل على تأويلها .

وقد يكون اللفظ المفسر مجملا ورد من الشارع ما أزال اجماله وبينه مثل : الأمر بالدية فى القتل الخطأ لقوله تعالى :

« فدية مسـلمة الى اهـله » . (النسـاء : ٩٢)

وجاء الحديث النبوى الشريف فبين مقدار الدية وأنواعها فكان مفسرا للنص القرآنى .

وكذلك حـد السرقة نص فى وجوب الحد ولكنه قابل للتخصيص لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « لا قطع من كثر ولا ثمر » .

وأيضا من قبيل اللفظ المفسر قوله تعالى :

« ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق » .

(الأنعام : ١٥١)

وهو نص مجمل فسره حديث الرسول صلى الله عليه وسلم :

« لا يحل قتل امرىء مسلم الا لاحدى ثلاث : زنا بعد احصـان وكفر بعد ايمان وقتل نفس بغير نفس » .

وسبب قوة المفسر فى دلالته عن الظاهر والنص هو انتفاء احتمال

التأويل أو التخصيص ولهذا يقوم عليهما عند التعارض هـذا وان كان يحتمل النسخ فى زمن الرسالة[1] .

* * *

رابعا ـ المحكم :

هو ما دل بصيغته على معناه دلالة واضحة ولا يقبل تأويلا ولا تخصيصا واقترن به ما يدل على أنه غير قابل للنسخ ومن هنا فهو أقوى الألفاظ دلالة .

مثل قوله تعالى بالنسبة لمرتكب جريمة القذف :

« ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا » . (النور : ٤)

فاقتران النهى بلفظ أبدا يدل على أنه نص محكم لا يقبل الفسخ .

وحكم المحكم وجوب العمل به قطعا ولا يحتمل صرفه عن ظاهره .

وفائدة التقسيم السابق للألفاظ واضحة الدلالة يظهر عند التعارض فيقدم الأقوى دلالة على غيره وبصفة عامة يقدم ما يكون أقل احتمالا لغير المعنى الواضح على ما يكون أكثر احتمالا[2] .

* * *

---

(١) د. مصطفى شلبى ـ اصول الفقه ص ٤٥٣
(٢) أنظر محمد ابو زهرة ـ الجريمة والعقوبة ص ٢٥٨

المطلب الثـــانى

أقســـام اللفظ الخفى الدلالة

● **تمهيـــد :**

فى مقابلة الواضح الدلالة يكون غير واضح الدلالة وغير الواضح قد يكون كذلك لأنه غير بين فى ذاته كالألفـــاظ التى فى أوائل بعض السور مثل ص وكهيعص ....

وقد يكون عدم الوضوح فى بعض المدلولات التى قد تدخل فى المعنى ومن ثم قد يكون الخفاء فى تطبيـــق النص على بعض الجزئيات التى يحتمل أن يكون مشتملا عليها .

وفى مقابل أقسام الألفاظ الواضحة الدلالة تنقسم الألفاظ الغامضة الدلالة أو التى لا تتضح معانيها اتضاحا تاما الى أقســـام أربعة هى :

الخفى ــ المجمل ــ المشكل ــ المتشابه .

والخفى مقابل للظاهر والمشكل مقابل للنصـــوص والمجمل مقابل للمفسر والمتشـــابه مقابل للمحكم وذلك على التفصيل الآتى :

* * *

أولا ــ الخفى :

هو ما خفى معنـــاه فى بعض مدلولاته لعارض خارج عن اللفظ أو الصيغة ولا ينال مراده الا بالطلب أى بالنظر والتأمل .

ومن أمثلته دخول الطرار والنباش فى مدلول لفظ السارق وسبب الخفـــاء فيهما اختصاص كل منهما باسم غير السارق ، فالطرار من الطر وهو الشـــق وهـــذا العارض فى الاســـم أحدث خفاء فى دلالة لفظ الســـارق عليه هو والنباش ثم يظهر بالنظر والتأمل أن الطرار ينطبـــق عليه معنى السرقة كاملا لأنه أخـــذ مال الغير من حرز لا شبهة فيـــه مع يقظة صاحبه أو وهم ايقاظ لمـــا توفر له من مهارة واستغلال غفلة الغير .

وكذلك النباش الذى ينبش القبور ليأخذ أكفان الموتى ، يظهر للباحث أن معنى السرقة فيه ضعيف فما يسرقه لا يعد مملوكا لحى ولأن المكان الذى أخذ منه لا يعد حرزا تصان فيه الأموال عادة ومن ثم لا يدخل النباش تحت مدلول السارق فلا يمكنه اقامة الحد ولكنه يعاقب تعزيرا بما يراه ولى الأمر رادعا له ولأمثاله هذا عند أبى حنيفة ومحمد أما أبو يوسف والأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد يذهبون الى أن لفظ السارق يدخل فى عمومها النباش لتحقق معنى السرقة فيها ومن ثم يجب فيه القطع لأنه يقصد الى مال محرز وكل حرز بما يليق بمثله وهو مال على ملك الميت وله مطالب من جهة العباد وهم أولياء الميت ومن يسرق منه كمن يسرق من التركة قبل سداد ديونها وقد كانت مستغرقة بالديون فانها تعد على حكم ملك المورث ويقوم الولى والوصى بالمطالبة فيها وحكم الخفى أنه لا يعمل به فيما خفيت دلالته عليه الا بعد البحث والنظر والاجتهاد فان وجد الباحث معنى اللفظ متخف فى الألفاظ التى خفيت دلالته عليها حكم بتناوله لها وانطباق حكمه عليها والا فلا •

* * *

ثانيا ـ المشكل :

هو اللفظ الذى خفى معناه بسبب فى ذات اللفظ أى من نفس الصيغة وليس لأمر عرض فى التطبيق كالخفى وسمى مشكلا لدخول المراد منه فى أشكاله وأمثاله على وجه لا يعرف المراد منه الا بدليل يتميز به من بين سائر الأشكال والأشباه ومن هنا لابد من الاستعانة بدليل آخر ليعرف المراد معرفة تامة •

وحكم المشكل أنه لا يجوز العمل به قبل معرفة المراد منه بالاجتهاد والبحث عن المعانى التى يحتملها اللفظ ثم معرفة المراد منه بواسطة القرائن •

مثل قول الله تعالى :

﴿ والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ﴾ • (البقرة : ٢٢٨)

فلفظ القرء مشترك بين الحيض والطهر وقد أشكل المراد منه فكان البحث طريق معرفة المراد .

فذهب فريق من الفقهاء الى أن المراد بالقروء الأطهار استنادا لقرائن منها تأنيث العدد وهو ثلاثة وهذا يقتضى أن يكون المعدود مذكرا وهو الطهر ومنها قوله تعالى :

﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ . (الطلاق : ١)

أى لوقت عدتهن والطلاق يكون فى الطهر ولا يكون الطلاق فى العدة الا اذا كان الطهر الذى حصل فيه الطلاق منها .

وذهب فريق آخر الى أن المراد بالقرء الحيض استنادا الى قرائن منها أن لفظ ثلاثة خاص يراد به مدلوله قطعا فاذا احتسبنا العدة بالحيض ثم العدد بالحيض ثم العدد واذا جعلنا بالأطهار فلا يتحقق مدلوله لأنه اذا طلقها فى طهر واحتسبنا ذلك الطهر من العدة كانت طهران وبعض الثالث وإن لم نحتسبه كانت ثلاثة وبعض الرابع ومنها أن المقصود من شرعية العدة التعرف على براءة الرحم من الحمل والمعرف كذلك هو الحيض لا الطهر ومنها قوله تعالى :

﴿ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر، واللائى لم يحضن ﴾ . (الطلاق : ٤)

فمناط الاعتداد بالأشهر عند عدم الحيض وفى ذلك دليل على أن الأصل هو الاعتداد بالحيض[١] .

* * *

ثالثا ــ المجمل :

هو ما ازدحمت فيه المعانى واشتبه المراد اشتباها لا يدرك بنفس العبارة ولا توجد معه قرائن لفظية أو حالية تبين المراد منه ومن ثم لابد فى فهم معنى المجمل وادراك صوره المختلفة من مبين يوضح المعنى ويفصله تفصيلا .

---

(١) انظر د. محمد مصطفى شلبى ــ أصول الفقه ص ٤٦٦ وما بعدها.

والاجمـــال قد يكون بسبب تزاحم المعانى المتســـاوية كالمشترك الذى لم توجـــد معـــه قرينة تعين على فهم المراد منـــه مثل لفظ المولى فانه موضـــوع بالاشـــتراك للأعلى (المعتق/والأسفل المعتق) •
وقد يكون لغرابة اللفظ لغـــة كالهلوع قبل تفسيره بقوله تعالى :

﴿ اذا مسه الشر جزوعا • واذا مسه الخير منوعا ﴾ •
(المعارج : ٢٠ — ٢١)

أو الاستعمال فى معنى غير معناه اللغوى الظاهر كالصلاة والزكاة والربا وقد جاءت الســـنة القولية والعملية بتفسير الصلاة وبيان أركانها وشروطها وكيفيتها وكذلك الصيام والزكاة وغيرهما •
وبعد بيان المجمل بيانا كافيـــا شافيا كأن كان بدليـــل قطعى يصير اللفظ مفسرا كالصلاة والزكاة بعـــد بيانهما وان كان البيان بدليـــل ظنى صار مؤولا كبيان مقدار المســـموح فى فرض الرأس فى الوضوء • وان كان البيـــان غير كاف انقلب من الاجمال الى الاشـــكال يحتاج الى تأمل حتى يزيل القاضى أو الباحث الاشكال باجتهاده •

***

رابعا — المتشـــابه :

هو اللفظ الذى خفى معناه من نفس اللفظ ولا توجد قرائن خارجية تبينه بل لا يرجى معرفته واســـتأثر الشارع بعلمه فلم يفسره •
مثل الحروف المقطعة فى أوائل بعض سور القرآن « ألم • الر • حـــم » ومثل اليد فى قوله تعالى :

﴿ يد الله فوق أيديهم ﴾ • (الفتح : ١٠)

والوجه فى قوله تعالى :

﴿ ويبقى وجه ربك ذو الجلال والاكرام ﴾ • (الرحمن : ٢٧)

والآيات التى اشـــتملت على التكليف وبيان الأحكام ليس فيها شىء من المتشـــابه بل كلها واضح بين بذاته أو ببيان النبى صلى الله عليه وسلم اذ لا يعقل أن يكون التكليف بشىء غير واضح أو على الأقل لا يمكن للعقل أن يصل الى معناه •

***

المبحث الثانى

الدلالات

ان استنباط الأحكام الشرعية من النصوص القرآنية والسنة النبوية يتوقف على فهم معانى الألفاظ المفردة ثم العبارات المركبة عن طريق معرفة الدلالات على المعانى وهذه الدلالات مقيدة شرعا ويجب على الباحث الحرص على معرفتها والعمل بها وسنعرض لهذه الدلالات على مسالك المذاهب الفقهية وهى : دلالة العبارة ودلالة الاشارة ودلالة النص ودلالة الاقتضاء ودلالة المنطوق ودلالة المفهوم .

* * *

المطلب الأول

مســلك الحنفية

قسم الحنفية اللفظ باعتبار كيفية دلالته على المعانى الى أربعــة أقســام هى :

* * *

١ ــ دلالــة العبــارة :

هى المعنى المفهوم من اللفظ الذى سبق لافادته مثل قوله تعالى :

« فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور » .

(الحج : ٣٠)

فدلالة العبارة تفيد أن شهادة الزور جريمة على ولى الأمر أن يضع لها عقابا زاجرا .

وقوله تعالى :

« ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما انما ياكلون فى بطونهم نارا ، وسيصلون سعيرا » . (النســاء : ١٠)

وهى تدل بعبارتها على أن آكل أموال اليتامى ظلما من أبشع أنواع الظلم ومن ثم يعد جريمة تستوجب عقاب ولى الأمر زجرا عن ذلك .

* * *

٢ ــ اشــارة النص :

هى ما يدل عليــه اللفظ بغير عبارته ولكنه لازم للمعنى الذى سبق اللفظ لافادته أى يأتى نتيجة هــذه العبارة فالمعنى الاشارى دل عليــه اللفظ بنظمه مثل قوله تعالى :

« يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب ، وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا » .

(البقرة : ٢٨٢)

فوصف الكاتب بالعدل تفيد بعبارة النص أن يكون المكتوب صحيحا وباشارته أن التزوير فى الكتاب حرام ويجب على ولى الأمر عقوبته .

واشارة النص قد يكتنفها الغموض أحيانا فليس كل أحد يستطيع الوصول اليها بل فقط أصحاب الملكات الفقهية على خلاف عبارة النص.

***

٣ ـ دلالة النص :

وتكون اذا كان اللفظ يدل على حكم واقعة بعبارته وحكم واقعة أخرى تفهم بهذا النص لأنها أوغل فى معنى الحكم ومرماه[١] .

أو هى اللفظ الدال على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه لاشتراكها فى علة يدرك العالم باللغة أنها مناط الحكم سواء كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المذكور أو مساويا له بأن يرد عن الشارع ما يدل للفظه عن حكم لعلة يعرفها العارف باللغة ويوجد شىء آخر سكت عنه النص يشترك مع المنصوص عليه فى علته فيكون مدلولا للفظ بواسطة تلك العلة فيثبت له الحكم الثابت بالمنصوص[٢].

وأمثلتها أن يقام حد قطع الطريق على الردء وهو الذى يعاون قطاع الطريق وان لم يكن منهم والحد منصوص عليه فى قوله تعالى :

﴿ انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا ان يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض .. ﴾ . (المائدة : ٣٣)

فهذا حد قطاع الطريق الذين اتفقوا على قطعه أما الذين يعاونونهم بتخذيل من يحاربونهم فانهم يدخلون ضمنهم بدلالة النص ومن ثم يستحقون عقوبتهم لتوفر معنى المحاربة فيهم وهى اخافة الطريق وقطع

---

(١) محمد ابو زهرة ـ الجريمة والعقوبة ص ٢٧٥

(٢) محمد مصطفى شلبى ـ اصول الفقه ص ٤٨٣

السبيل ومن أمثلته كذلك وجوب العتق فى القتل العمد لوجوبه فى القتل الخطأ لقوله تعالى :

﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ﴾ .
(النساء : ٩٢)

وذلك على ألا يثبت فى القتل العمد القول بأن كان بغير آلة من شأنها أن تقتل .

ودلالة النص فى القتل العمد أقوى لأن السبب فى وجوب الكفارة هو القتل وهذا متحقق فى القتل العمد بأكثر مما هو متحقق فى القتل الخطأ .

ومن أمثلة دلالة النص كذلك حق المجنى عليه فى الدية اذا تنازل عن القصاص اذ تكون من باب أولى كما أن له حق العفو عنهما جميعا وذلك لقوله تعالى :

﴿ وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص ، فمن تصدق به فهو كفارة له ﴾ .
(المائدة : ٤٥)

* * *

٤ ـ **دلالة الاقتضاء :**

هى دلالة النص على ما يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته شرعا . ومن ثم فالثابت بالاقتضاء ليس ثابتا بأصل العبارة ولكنه ثابت بظاهر اللفظ لا بالرأى فالثابت بالاقتضاء ثابت ضرورة صدق الكلام أو صحته شرعا للحاجة الى اثبات الحكم وهو غير ثابت فيما وراء الضرورة . ومن أمثلته قوله تعالى :

﴿ فمن عفى له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان ﴾ .
(البقرة : ١٧٨)

فانه يدل على جواز أن يكون العفو فى نظير المال وهو الدية أو غيرها لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم :

« من قتل له قتيل فله احدى ثلاث : القصاص أو العفو أو الدية فان أراد الرابعة فخذوا على يديه » .

وهكذا فان الدلالات ليست فى مرتبة واحدة فى اثبات العقوبات بل ان دلالة العبارة أقوى من دلالة الاشـارة والأخيرة أقوى من دلالة النص والأخيرة أقوى من دلالة الاقتضاء .

وتظهر ثمرة قوة الدلالة عند التعارض فتقدم الأقوى على الأدنى .

والدلالات التى تكون بالعبارة تثبت بها العقـوبات كلها حدودا أو قصـاصا أو دون ذلك وهو ما يدخل فى سـلطة ولى الأمر أو القاضى من سلطان التعزير ومثال ذلك ثبوت حـد القذف على من رمى رجلا محصـنا بالزنا لقوله تعالى :

﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ .
(النـور : ٤)

فمنطوق اللفظ فى رمى المحصنات ومفهومه ينطبق على من يرمى الرجـال للتساوى فى معنى النص .

وكذلك : ثبوت حد الزنا فى العبد بنصف حد الحر بتنصيف الحد بالنسـبة للأمة لقوله تعـالى :

﴿ فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ .
(النساء : ٢٥)

فأفاد النص بعبارته أن حد الأمة نصف حد الحرة وللتساوى بين العبد والأمة فان من دلالة النص أن يكون هذا التنصيف بالنسبة للعبد .

* * *

المطلب الثـانى

مسـلك الجمهور من الشافعية والمـالكية والحنفية

قسم هؤلاء الألفاظ فى دلالتها على معانيها الى قسمين هما : دلالة منطوق ودلالة مفهوم .

١ ـ دلالة المنطوق : وتشمل دلالات العبارة والاشارة والاقتضاء[1].

٢ ـ دلالة المفهوم وهى قسـمان :

(أ) دلالة مفهوم الموافقـة وهى دلالة اللفظ على حكم المنطوق للمسكوت عنه لاشتراكهما فى علة الحكم المفهومة لغة وهى ما يسـمى عند علماء الحنفية بدلالة النص .

(ب) دلالة مفهوم المخالفة وهى اثبـات نقيض حكم المنطـوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المعتبرة فى الحكم .

فالنص بمنطوقه يدل على الحكم المنصوص عليـه وبمفهوم المخالفة يدل على عكس الحكم فى غير موضع القيد .

فمثلا قوله تعـالى :

﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ﴾ .

(المـائدة : ٣)

فالنص يفيد أن ما ذبح مقترنا باسم غير الله كالصنم ونحوه فهو حرام ويفيـد بمفهومه أن ما ذبح ولم يذكر فيه غير اسم الله فهو حلال وهكذا فالمنطوق يفيد الحكم فى حال معينة مقيدة بأمر من الأمور ونجـد أنه يسـتفاد من هذا النص نقيض الحكم .

ومفهوم المخالفة لم يعتبره الحنفية طريقا من طرق فهم الأحكام من النصـوص ومن ثم فلا تفهم أحكام العقـوبات الاسـلامية بمفهوم المخالفة عند الحنفية[2] .

ومفهـوم المخالفة يتحقق اذا كان فى الكلام ما يفيـد تخصيص

---

(١) انظر المرحوم الدكتور محمد زكريا البرديس ـ أصول الفقـه ص ٣٧٦

(٢) انظر محمد أبو زهرة ـ الجريمة والعقوبة ص ٢٩٠

المنطوق بالحكم كالصفة والشرط والغاية والعدد وغيرها ولتنوع القيد فيه تنوع الى أنواع .

والذين يأخذون بمفهوم المخالفة يشترطون ألا تكون هناك فائدة أخرى للقيد الذى قيد به الكلام كالتنفيذ أو الترغيب ، من ذلك قوله تعالى :

﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة ﴾ . (آل عمران : ١٣٠)

فالوصف فى الآية بالأضعاف المضاعفة ليس للتقييد فى محل الحكم ولكنه لبيان مغبة الربا ومساوئه ومن ثم التنفيذ من الربا فلا عمل بمفهوم المخالفة هنا : ومشترطون كذلك ألا يوجد دليل خاص فى المحل الذى يثبت فيه مفهوم المخالفة مثل قوله تعالى :

﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ﴾ . (البقرة : ١٧٨)

فقد ثبت القصاص بقتل العبد بالحر والرجل بالمرأة من أدلة أخرى هى قوله تعالى :

﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس ﴾ (المائدة : ٤٥)

فلا يعمل بمفهوم المخالفة هنا أيضا .

* * *

● **أنواع مفهوم المخالفة :**

(أ) مفهوم الوصف :

هو دلالة اللفظ المقيد بوصف على نقيض الحكم الثابت للموصوف اذا تخلف الوصف ولا يراد بالوصف هنا خصوص النعت النحوى بل هو أعم من ذلك فيشمل النعت والمضاف فظرف الزمان نحو حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع »[1] .

وعلى هذا الأساس يشترط فى الصفة التى لها مفهوم أن تكون مخصصة للموصوف بنوع أو حال من أحواله مثل حديث « فى الغنم السائمة زكاة » فان كانت الصفة كاشفة أو للمدح أو للذم أو للتأكيد

(١) رواه البخارى ومسلم والترمذى والنسائى ـ انظر د. مصطفى شلبى ـ أصول الفقه ص ٤٩٥

أو مفيدة أى فائدة أخرى غير تخصيص المذكور بالحكم لا يكون لهـا مفهـوم .

والكاشفة مثل قوله تعـالى :

﴿ ان الانسان خلق هلوعا . اذا مسه الشر جزوعا . واذا مسه الخير منوعا ﴾ .

(المعارج : ١٩ ــ ٢١)

فانها كاشفة عن طبيعة الانســان وأمثلة الصفة المخصصة التى لها مفهوم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « لى الواجـد يحل عرضه وعقوبته »[١] أو فى رواية : « مطل الغنى ظلم » يدل بمفهوم المخالفة على أن مماطلة المدين العاجز عن أداء ما عليـه لا تبيح عرضه لدائنـه ولا تجوز عقوبته لانتفاء الوصف المبيح لذلك .

* * *

(ب) مفهـوم الشرط[٢] :

هو دلالة الكلام المفيد لحكم معلق على شرط أو المقترن بشرط على ثبوت نقيض هذا الحكم عند عدم وجود الشرط .

مثل قوله تعـالى :

﴿ وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ﴾ .

(الطلاق : ٦)

فتدل الآية بمفهوم المخالفة على عدم وجوب النفقة للمعتدة عنـد عدم الحمل لانتفاء الشرط الذى علق عليـه الحكم فى المنطوق عنـد القائلين بمفهوم المخالفـة .

(جـ) مفهـوم الغـاية :

هو دلالة الكلام الذى قيـد فيه الحكم بغاية على انتفاء الحكم المسـتفاد منه وثبوت نقيضه فيما بعد الغاية .

---

(١) رواه البخارى وأبو داود والنسـائى وغيرهم .

(٢) المراد بالشرط هنا الشرط اللغوى أى ما دخل عليـه أداة من أدوات الشرط كان واذا .

مثل قوله تعالى :

﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله ، فان انتهوا فلا عدوان الا على الظالمين ﴾ (البقرة : ١٩٣)

فالقتال أبيح لغاية هى منع الفتنة فى الدين فاذا انتهت الفتنة فقد انتهت اباحة القتال : والحنفية[١] ومن معهم لا يأخذون بمفهوم الغـاية ويذهبون الى أن المنع فى الآية هو الأصل والاباحة لمنع الفتنة .

***

(د) مفهـوم العـــدد :

وهو ثبوت نقيض الحكم المقيد بعدد عند عدم توافر هذا العـدد مثل قوله تعالى :

﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ . (النـور : ٢)

***

(هـ) مفهـوم اللقب :

وهو أن يذكر الحكم مختصا بنوع أو جنس أو علم فيكون الحكم ثابتـا فى موضـع النص منفيا فيما عـداه[٢] .

مثل قوله صلى الله عليـه وسلم : « فى السـائمة الزكاة » فأفاد بمنطوقه وجوب اعطاء زكاة السـائمة وبالمخالفة نفى الوجوب .

وهـذا المفهوم لم يقل به الا قلة قليلة من القائلين بمفهوم المخالفة كالدقاق والصيرفى من الشافعية وابن جوير منه أو من المـالكية وبعض الأصوليين من الحنابلة[٣] .

***

● **ترتيب هـذه المفاهيم :**

أقوى هذه المفاهيم هو مفهوم الغاية ثم الشرط ثم العدد وتظهر ثمرته فى الترجيح عند التعارض .

---

(١) محمد ابو زهرة ــ الجريمة والعقوبة ص ٢٩٣
(٢) الشـيخ محمد زكريا البرديسى ــ اصول الفقه ص ٣٨١
(٣) د. محمد مصطفى شلبى ــ أصول الفقه ص ٤٩٩

وأن النافين لمفهوم العدد يقولون بمفهوم الصــفة وبعض النافين لمفهوم الصــفة يقول بمفهوم الشرط وبعض النافين لمفهوم الشرط يقول بمفهوم الغاية والعدد كلها ترجع الى الصفة معنى •

مع ملاحظة أيضا أنه لا اعتبار للمفهوم فيما اذا وجد دليل خاص فى المســكوت عنه يثبت له حكما غير حكم المنطوق وكذلك ألا يعارض المفهوم ما هو أرجح منه كدلالة المنطوق أو الفهم الموافق أو القيــاس الجلى •

* * *

● **تعقيب على قواعــد التفســير :**

ما ســبق من أقســام الألفاظ ودلالاتها والاعتماد عليها فى تفسير النصوص وبخاصة الجنائية منها يدل على فهم واضح ومســلك خاص انفرد به التشريع الاســلامى ولا غرابة فى ذلك فهذا معتمد أيضا على تفرد التشريع الجنائى الاســلامى بتقسيم الجرائم الى حدود وتعزيرات•

والقواعد التى وضعها الفقهاء والأصوليون للتفسير كى يهتــدى فيها فى كشــف معانى النصــوص ومراميها على القاضى أن يســتعين بها فى تطبيــق النصوص وكشف خفائها اذا عرض له ذلك والقاضى الجنائى فى هذا الخصوص أضيق سلطة من القاضى المدنى فهو مقيــد بعدة أصول تشريعية منها :

* * *

١ ــ الأصل فى الانســان البراءة :

وهذه القاعدة تتمايز عما درج عليه فقه القانون الجنائى من قاعدة « المتهم برىء حتى تثبت ادانته » وهــذه القاعــدة تحمل فى عبارتها التناقض اذ كيف يكون الشخص متهم برىء فى نفس الوقت وقد يزول التناقض مع تأويل اللفظ ، ولكن العبارة فى ألفاظها لا شك تحمل التناقض وتكون القاعدة الشرعية أولى وأدق فى لفظها وصياغتها « الأصل فى الانســان البراءة » •

* * *

٢ ــ درء الحدود بالشبهات :

لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال :

« لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب الى من أن أقيمها بالشبهات » والشبهة هى وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته[1] ومن أمثلتها : شبهة الملك فى سرقة الملك المشترك وشبهة الملك فى سرقة الأب من ابنه وشبهة عدم الثبوت فالاقرار ان لم يكن سواه ويدل على الحد والعدول شبهة فى عدم الثبوت ترتب درء الحد .

* * *

● **أثر القاعدة :**

ويختلف الأثر المترتب على هذه القاعدة فقد يؤدى تطبيقها الى درء عقوبة الحد وعدم قيام الجريمة المنسوبة الى الشخص فى حقه وقد يؤدى تطبيقها الى درء عقوبة الحد وتطبيق عقوبة تعزيرية .

والحالات التى يبرأ فيها المتهم من التهمة هى :

١ ــ اذا كانت الشبهة قائمة فى ركن من أركان الجريمة كمن أخذ خفية مالا له وهو يعتقد أنه مال الغير لا يعاقب على السرقة حدا أو تعزيرا لانعدام ركن الجريمة وهو كون المال مال الغير .

٢ ــ اذا كانت الشبهة فى انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم كمن تزوج بلا شهود لا يعاقب حدا ولا تعزيرا باعتباره زانيا لاختلاف العلماء فى هذا الزواج .

٣ ــ أن تكون الشبهة فى ثبوت الجريمة فاذا عدل الشاهدان عن شهادتهما على آخر بأنه شرب خمرا ولم يكن هناك دليل آخر ، برىء المتهم مما نسب اليه لشبهة صدق الشاهدين فى عدولهما ، وفى غير هذه الحالات الثلاث فان تطبيق القاعدة يؤدى الى استبدال التعزير بالحد أيا كان مصدر الشبهة .

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ١٥٣

والأصل فى قاعدة درء الحدود بالشبهات أنها تطبق على الحدود ونظرا لكونها من باب العدالة وضمان مصلحة المتهمين فليس هناك ما يمنع تطبيقها على جرائم التعازير[1] ومن البديهى أنها تطبق فقط فى الحالات الثلاث السابقة التى يؤدى تطبيقها الى البراءة فى جرائم الحدود ولا تتصور فى غيرها لأن جرائم التعازير عقوبتها تقديرية متروكة لتقدير القاضى واختياره .

٤ ـ خيرية الخطأ فى العفو عن الخطأ فى العقوبة :

أساس هذه القاعدة المقررة فى الشريعة التى تقوم على أساس أن الخطأ فى العفو خير من الخطأ فى العقوبة ، هو حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « ان الامام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » .

فاذا كان ثمة شك فى أن الشخص ارتكب الجريمة أو أن النص المحرم ينطبق على الفعل المنسوب اليه وجب العفو عنه والحكم ببراءته لأن براءة الشخص فى حال الشك خير للجماعة وأوفى الى تحقيق العدالة من عقاب البرىء مع الشك .

وهذه القاعدة تطبق على كل أنواع الجرائم حدودا أو جرائم قصاص ودية أو جرائم تعازير .

وعندنا ياليت الدنيا كلها تسمع وتعى هذا المبدأ وياليت السلطات المعنية ذات الاختصاص وبخاصة الجنائية منها تسمع وتعى هذه القاعدة وبخاصة فى هذا الزمان الذى قدم فيه سوء الظن على حسن الطوية وشاعت فيه الادعاءات الكاذبة وأبيحت فيه كرامة الانسان ولو بأسلوب التحرى والتسمع ثم التحقيقات والاستدعاءات لمجرد الظنون وتلفيق الآثام والاتهامات وانعكس ذلك واضحا جليا على أمن الناس ومن ثم خوفهم وما يترتب على ذلك من أضرار بعملهم ومسلكهم ومن بعدهم المجتمع كله ، لهذا كله وغيره مما لا نعلمه وضعت الشريعة الغراء

---

(١) عبد القادر عودة ـ التشريع الجنائى الاسلامى جـ ١ ص ٢١٦ .

هذه القاعـدة الحكيمة فى حديث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم « لأن يحكم ببراءة مذنب خير من أن يحكم بعقوبة برىء » ، وبذلك تقدم مصلحة الجماعة وأمنها على مصلحة الفرد بأسلوب عملى من خلال هذه القاعـدة الشرعية الراسـخة التى لم تطاولها النظم القانونية الوضعية الا بقدر محدود فى مبدأ « الشـك يفسر لمصلحة المتهم » اذ لا يثـور هـذا المبدأ الا فى الدليل .

وتفسـير النص المؤثم للفعل المنسـوب للشخص بما قـد يؤدى الى تخفيف العقوبة وأحيـانا الى تبرئته .ووجـه التمايز بين القاعـدتين بما يجعل الأخيرة تعمل فى نطاق الأولى الشرعية أو الأولى تطمئن القاضى الى أن يخطىء فى العفو خير له من أن يخطىء فى العقوبة ولا يتوقف الأمر على مجرد الشـك الذى قد يثور فى ذهنـه فيفسره لمصلحة المتهم فالقاعدة الشرعية أوغل وأعمق فى صيانة كرامة الانسـان التى هى من جواهر وجوده وخلقه كى يكون انسـانا عابدا عاملا محققا لمقاصـد الشريعة الاسلامية فى حيـاة الناس والا كيف يعمل هذا الانسـان اذا علم أنه مأخـوذ بالشـك أو بالظن أو التخمين فى الاتهـام أو ثبوت التهمة أو العقوبة أو هذا الشك قد يفسر لصالحه أولا !

ان القاعدة الشرعية فيما انتهجته من تفضيل الخطأ فى العفو على الخطأ فى العقوبة قد انحازت تماما الى العدالة ودعت الى تحقيقها بلا أدنى تردد أو وجل فانصاف مظلوم أو العفو عن مذنب ولو بطريق الخطأ خير من ظلم برىء ولو لمرة واحـدة فالظلم ظلمـات يوم القيـامة ولهذا حث الرسـول صلى الله عليـه وسلم على اتقاء دعوة المظلوم فانه ليس بينها وبين الله حجاب وهنـا يتجلى الأسـاس العقائدى فى الاسـلام الأصول والقواعـد الشرعية الحاكمة للمسـائل والفروع والجزئيـات فالايمان بالله القائم على عقيدة التوحيـد سائق الأمر وقائده فى كل شـأن من شـئون الشريعة الاسـلامية بما يظهرها دائما على أكمـل نظام وأتمه وضعه الله للناس يسـوسون به حياتهم الدنيوية ويفوزون به فى حياتهم الأخروية .

***

مراجع الكتاب

١ ــ أحكام القرآن ــ لأبى بكر بن عبد الله المعروف بابن العربى ــ مطبعة السعادة .

٢ ــ الجامع لأحكام القرآن ــ لأبى عبد الله بن محمد بن أحمد الأنصارى . القرطبى .

٣ ــ أحكام القرآن للجصاص ــ أبى بكر الجصاص ــ مطبعة الأوقاف الاسلامية .

٤ ــ روح المعانى ــ للسيد محمد الالوسى .

٥ ــ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ــ لمحمد على الشوكانى ــ مطبعة بولاق .

٦ ــ زاد المعاد فى هدى خير العباد ــ لابن القيم الجوزية ــ مطبعة صبيح .

٧ ــ سبل السلام .

٨ ــ الأحكام فى أصول الأحكام ــ لسيف الدين أبى الحسن الآمدى ــ طبعة دار الكتب .

٩ ــ بدائع الصنائع ــ لعلاء الدين الكاسانى ــ مطبعة الجمالية .

١٠ ــ المبسوط ــ لشمس الدين السرخسى ــ مطبعة السعادة .

١١ ــ شرح فتح القدير ــ للكمال بن همام ــ تكملة نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار على الهداية ــ المطبعة الأميرية .

١٢ ــ حاشية رد المختار على الدر المختار ــ لمحمد بن عابدين ــ المطبعة الأميرية .

١٣ ــ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ــ طبعة أولى .

١٤ ــ الأشباه والنظائر لابن نجيم ــ مطبعة وادى النيل .

١٥ ــ مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ــ مطبعة السعادة .

١٦ ــ المقدمات لابن رشد ــ مطبعة السعادة .

١٧ ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ــ مطبعة الجمالية .
١٨ ــ الشرح الكبير للدردير ــ المطبعة الأميرية .
١٩ ــ حاشية الدسوقى ــ المطبعة الأميرية .
الانصــاف فى معرفة الراجح من الخــلاف للمرداوى ــ طبعــة القاهــرة ١٩٥٧
٢٠ ــ أسس المطالب شرح روض الطالب للأنصارى ــ أبى يحيى زكريا الأنصارى ــ المطبعة اليمنية .
٢١ ــ المطلع على أبواب المقنع ــ محمد بن الفتح البعلى الحنبلى ــ طبعة المكتب الاســلامى بيروت .
٢٢ ــ الأحكام السلطانية للماوردى ــ مطبعة السعادة .
٢٣ ــ الأحكام السلطانية أبى يعلى الفراء ــ القاهرة ١٩٣٨
٢٤ ــ تحفة المحتاج شرح المنهاج للرملى ــ مطبعة البابى الحلبى .
٢٥ ــ المهذب ــ لأبى اسحاق ابراهيم الشيرازى طبعة ١٣٣٣ هـ .
٢٦ ــ المغنى على مختصر الحرفى لمحمد عبد الله بن قــدامة ــ مطبعة المنــار .
٢٧ ــ الشرح الكبير على متن المقنع ــ لشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن قدامة .
٢٨ ــ أعلام الموقعين عن رب العالمين ــ لابن قيم الجــوزية ــ مطبعة الكردى .
٢٩ ــ السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية ــ لابن تيمية طبعة ١٣٠٦ هـ .
٣٠ ــ الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ــ لابن قيم الجوزية ــ مطبعة الآداب والمؤدب .
٣١ ــ المحلى لابن حزم الظاهرى ــ المكتب التجارى بيروت .
٣٢ ــ أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديس .
٣٣ ــ أصول قانون العقوبات فى الدول العربيــة ــ د. محمود مصطفى طبعة القاهرة ١٩٧٠.

٣٤ ــ القانون الجنائى ــ د، على راشد ــ القاهرة ١٩٧٤ م •
٣٥ ــ الشريعة الاسلامية كمصدر أساسى للدستور ــ د، عبد الحميد متولى الاسكندرية ١٩٧٥

٣٦ ــ مصادر التشريع الاسلامى فيما لا نص فيه ــ عبد الوهاب خلاف •

٣٧ ــ النظرية العامة للقانون الجنائى ــ رمسيس بهنام •
٣٨ ــ العقوبة فى الفقه الاسلامى ــ محمد أبو زهرة ــ القاهرة ١٩٧٤

٣٩ ــ الجريمة والعقوبة ــ محمد أبو زهرة ــ دار الفكر العربى ــ سنة ١٩٦٢ القاهرة •

٤٠ ــ النظام العقابى الاسلامى ــ د، أبو المعاطى حافظ أبو الفتوح ــ مؤسسة دار التعاون ــ القاهرة ١٩٧٦
٤١ ــ التشريع الجنائى الاسلامى ــ د، عبد القادر عودة •

٤٢ ــ النظرية العامة للتجريم ــ د، أحمد خليفة ــ رسالة دكتوراه طبعة القاهرة ١٩٥٩
٤٣ ــ أصول السياسة الجنائية ــ د، محمد فتحى سرور طبعة القاهرة ١٩٧٢

٤٤ ــ التشريع الجنائى الاسلامى ــ د، محمد نعيم فرحات ــ دار الأصفهانى بجدة •
٤٥ ــ أصول النظام الاسلامى ــ د، محمد سليم العوا ــ دار المعارف ــ القاهرة •

٤٦ ــ أهلية العقوبة فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى ــ د، حسين توفيق رضا ــ رسالة دكتوراه حقوق القاهرة سنة ١٩٦٤

٤٧ ــ الشهادة كدليل اثبات نسخ المواد الجنائية ــ د، ابراهيم الفحار ــ رسالة دكتوراه ــ حقوق القاهرة سنة ١٩٨٠

٤٨ ــ النظام الجنائى بالمملكة العربية السعودية ــ د. أحمد عبد العزيز الألفى ــ الرياض ١٩٧٦ م

٤٩ ــ الفقه العقابى فى اطار التيوكلاسية العلمية ــ د. على راشد ــ دروس لطلبة الدكتوراه حقوق عين شمس سنة ١٩٧٣

٥٠ ــ شرح قانون العقوبات ــ د. محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد .

٥١ ــ الأحكام العامة فى القانون الجنائى ــ د. على بدوى .

٥٢ ــ القانون الجنائى ــ أحمد صفوت .

* * *

فهرس

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الفصل الثالث

تفسير النصوص الجنائية وسلطة القاضى الجنائى

الصفحة

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٩٣/٤٩٤٠

دار التوفيق النموذجية
للطباعة والجمع الآلي
الأزهر: ٣ حيضان الموصلي
بجوار جامع الرعاة

